

Otto Lüders

**DIE KOMMUNALVERFASSUNGSRECHTLICHE
STELLUNG DER RATSAUSSCHÜSSE, IHRER TEILE
UND MITGLIEDER NACH DER
NORDRHEIN-WESTFÄLISCHEN GEMEINDEORDNUNG**

**gleichzeitig
ein Beitrag zur Problematik des sogenannten
Kommunalverfassungsverfahrens**

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555418_0005

Die kommunalverfassungsrechtliche Stellung der
Ratsausschüsse, ihrer Teile und Mitglieder
nach der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung

gleichzeitig

ein Beitrag zur Problematik des sogenannten
Kommunalverfassungsstreitverfahrens



Inaugural-Dissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Otto Lüders
aus Celle
1979



1. Berichterstatter	:	Prof. Dr. F. E. Schnapp
2. Berichterstatter	:	Prof. Dr. Ch.-F. Menger
Dekan	:	Prof. Dr. R. Battes
Tag der mündlichen Prüfung:		5. Februar 1979

Inhaltsverzeichnis
=====

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XX
A. Einleitung	1
B. Der Untersuchungsgegenstand	2
C. Erster Hauptteil	7
I. Ratsausschüsse - Begriff und Arten	7
II. Errichtung und Zusammensetzung der Ratsausschüsse	9
1. Bildung der Ausschüsse	9
2. Umbesetzung der Ausschüsse	12
3. Auflösung der Ausschüsse	20
III. Die Kompetenz der Ratsausschüsse ihrer Teile und Mitglieder	22
1. Funktion und Kompetenz	22
2. Kompetenzträger und Kompetenz	23
a) Die Ausschüsse	23
b) Die Teile der Ausschüsse	25
c) Die einzelnen Mitglieder	27
aa) Ratsmitglieder und sachkundige Bürger als ordentliche Ausschußmitglieder gem. § 42 Abs. 3 GO-NW	27
bb) Ratsmitglieder und sachkundige Bürger als beratende Ausschußmitglieder gem. § 43 Abs. 1, Satz 3 ff. GO-NW	31
IV. Zusammenfassung	32
D. Zweiter Hauptteil	36
I. Das Kommunalverfassungsverfahrensverfahren	36
1. Rückblick auf die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur	36

2. Das Kommunalverfassungsrecht	39
3. Der Organbegriff	41
a) Organ und Organwalter	42
b) Organschaft im innerorganisatorischen Bereich?	44
4. Zusammenfassung	46
II. Das Kommunalverfassungsstreitverfahren unter Beteiligung der kommunalen Ausschüsse, ihrer Teile und einzelnen Mitglieder	48
1. Das Kommunalverfassungsstreitverfahren im System der VwGO	48
2. Die Zulässigkeit des Kommunalverfassungsstreitverfahrens als verwaltungsgerichtliche Klage	49
a) Der Rechtsweg	49
b) Die Beteiligtenfähigkeit	56
aa) § 61 Nr. 1 VwGO	57
bb) § 61 Nr. 2 VwGO	60
cc) § 61 Nr. 3 VwGO	62
dd) Die entsprechende Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO	64
(1) Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität	66
(2) Rechtssatz und Rechtssubjektivität	72
(3) Subjektive Rechte im kommunalverfassungsrechtlichen Innenbereich	82
(a) Die Meinungen in der Literatur	82
(b) Die Meinungen in der Rechtsprechung	92
(c) Zusammenfassende Würdigung und eigener Lösungsversuch	95
(aa) Sinn und Zweck der Kompetenzverteilung	100
(bb) Kompetenzverteilung und demokratische Selbstverwaltung	102
(cc) Kompetenz als subjektives Recht	106
(4) Relativität der Beteiligtenfähigkeit	115

ee) Der richtige Beklagte - ein Problem der Beteiligtenfähigkeit	117
ff) Zusammenfassung	120
c) Klageart	125
aa) Anfechtungs- und Verpflichtungsklage	125
bb) Aufhebungsklage als Klageart "sui generis"	132
cc) Allgemeine Leistungsklage	134
dd) Feststellungsklage	141
ee) Vollstreckung und Effizienz des Rechtsschutzes	144
ff) Zusammenfassung	148
d) Rechtsschutzbedürfnis	150
e) Prozeßfähigkeit	151
3. Vorläufiger Rechtsschutz	152
E. Schlußwort	156

Literaturverzeichnis
=====

- Anschütz, Gerhard Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen, Leipzig 1901
- "Gesetz", in: Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. II, Berlin 1913, S. 212
- Arndt, Gottfried Zur Klagebefugnis im Kommunalverfassungsstreitverfahren, in: Die Öffentliche Verwaltung 1963, S. 571 ff.
- Bachof, Otto Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, in: Archiv des öffentlichen Rechts 83 (1958), S. 208 ff.
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE Bd. 4-12), in: Juristenzeitung 1962, S. 701 ff.
- Reflexwirkung und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: "Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht", Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 287 ff.
- Baring, Martin Die kommunale Selbstverwaltung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Der Städtetag 1952, S. 105 ff.
- Bark, Christoph Das gemeindeinterne Beanstandungsverfahren, Diss. jur., Heidelberg 1966
- Bartelsperger, Richard Der Rechtsanspruch auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrenes, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1970, S. 30 ff.
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang/
Albers, Jan/
Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung, Kommentar, 36. Aufl., München 1978

- Becker-Birck, Hans-Henning Der Insichprozeß in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. jur., München 1966
- Benner, Jürgen Anmerkung zum Urteil des OVG Münster 23. März 1960, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1961, S. 453
- Berkenhoff, H.A. Das Kommunalverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen, Bd. I, 2. Aufl., Siegburg 1965
- Bernatzik, Edmund Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 5 (1890), S. 169 ff.
- Bestgen, Norbert Die Rechtsstellung der Ausschußmitglieder nach den Vorschriften der Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen vom 29. Juli/8. Oktober 1952, in: Die Gemeinde (Nord-Rhein), 1954, S. 179 ff.
- Bethge, Herbert Probleme verwaltungsrechtlicher Organstreitigkeiten, in: Die Verwaltung, Bd. 8 (1975), S. 459 ff.
- Bleutge, Rolf Der Kommunalverfassungstreit, Berlin 1970
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Organ, Organisation, juristische Person, in: "Fortschritte des Verwaltungsrechts", Festschrift für Hans J. Wolff, München 1973, S. 269 ff.
- Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958
- Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964
- Bonk, Heinz Kommunalverfassungsrechtliche Organstreitigkeiten innerhalb der Gemeinden Schleswig-Holsteins, Diss. jur., Kiel 1966
- Bonner Kommentar Loseblattkommentar zum Grundgesetz, Hamburg, Stand April 1978
- Borchmann, Michael/
Vesper, Emil Reformprobleme im Kommunalverfassungsrecht, Stuttgart 1976

- Bornhak, Conrad Preussisches Staatsrecht, Bd. I,
2. Aufl., Berlin 1896
- Bremer, Bernd Die kommunalen Ausschüsse nach
bayerischem Recht, Diss. jur.,
München 1967
- Brohm, Winfried Verwaltungsvorschriften und be-
sonderes Gewaltverhältnis, in:
Die Öffentliche Verwaltung 1964,
S. 238 ff.
- Die Dogmatik des Verwaltungsrechts
vor den Gegenwartsaufgaben der
Verwaltung, in: Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen
Staatsrechtslehrer 30 (1972),
S. 245 ff.
- Buhlmann, Günter Der allgemeine Vertreter des Ober-
kreisdirektors und seine Organ-
stellung nach nordrhein-westfäli-
schem Recht, in: Staats- und
Kommunalverwaltung 1963, S. 92 ff.
- Bühler, Otmar Altes und Neues über den Begriff
und Bedeutung des subjektiven
öffentlichen Rechts, in: "Forschun-
gen und Berichte aus dem Öffent-
lichen Recht", Gedächtnisschrift
für Walter Jellinek, München 1955,
S. 269 ff.
- Creifelds, Carl Rechtswörterbuch, 2. Aufl.,
München 1970
- Dagtoglou, Prodromos Kollegialorgane und Kollegialakte
der Verwaltung, Stuttgart 1960
- Deng, Hans-Gerhart Gemeindeverfassungsstreitigkeiten
in Bayern, Diss. jur., Würzburg
1966
- Derlien, Hans-Ulrich/
Gürtler, Christoph/
Holler, Wolfgang/
Schreiner, Hermann-Josef Kommunalverfassung und kommunales
Entscheidungssystem, in: Kölner
Beiträge zur Sozialforschung und
angewandten Soziologie, Bd. 14,
Meisenheim 1976
- Dreier, Ralf "Organlehre", in: Evangelisches
Staatslexikon, Sp. 1669 ff.,
2. Aufl., Stuttgart 1975

- Elleringmann, Adolf Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht, Schriftenreihe "Verwaltung und Wirtschaft", Heft 18, Stuttgart 1957
- Ewald, Klaus Die prozessuale Behandlung des inneruniversitären Verfassungsstreites, in: Wissenschaftsrecht - Wissenschaftsverwaltung, Bd. 3 (1970), S. 35 ff.
- Zur Beteiligungsfähigkeit im Kommunalverfassungsstreitverfahren, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1970, S. 237 ff.
- Eyermann, Erich/
Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7. Aufl., München 1977
- Fabricius, Fritz Relativität der Rechtsfähigkeit, München, Berlin 1963
- Fechtrup, Hermann Der sachkundige Bürger im Gemeinderatsausschuß, Diss. jur., Münster 1956
- Foerster, German Die Gemeindevertretung und ihre Ausschüsse, in: Staats- und Kommunalverwaltung 1973, S. 359 ff.
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allg. Teil, 10. Aufl., München 1973
- "Gewaltenteilung", in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 857 ff., Stuttgart 1975
- Frey, Rainer (Hrsg.) Kommunale Demokratie, Bad Godesberg 1976
- Friauf, Karl Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, in: Der Staat Bd. 9 (1970), S. 223 ff.
- Frotscher, Werner Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte?, in: Die Öffentliche Verwaltung, S. 259 ff.
- Fuß, Ernst-Werner Verwaltungsrechtliche Streitigkeiten im Universitäts-Innenbereich, in: Wissenschaftsrecht - Wissenschaftsverwaltung, Bd. 5 (1972), S. 99 ff.

- Gerth, Erich Die Handhabung der Geschäftsordnung in den Ratssitzungen und die Zulassung von Pressevertretern zu den Sitzungen der Ratsausschüsse, in: Staats- und Kommunalverwaltung 1959, S. 256 ff.
- Gierke, Otto von Deutsches Privatrecht, 1. Bd., Leipzig 1895
- Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
- Giesberts, Franz-Josef Das Geschäftsordnungsrecht der Gemeindevertretungen, Diss. jur., Köln 1958
- Gillner, Karl Die Rechtsstellung der Gemeindevertretung und die "Gewaltenteilung" im kommunalen Verfassungsrecht, in: Demokratische Gemeinde 1961, S. 168 ff.
- Gönnenwein, Otto Gemeinderecht, Tübingen 1963
- Goessl, Manfred Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Berlin 1961
- Grauhan, Rolf-Richard Politische Verwaltung, Freiburg i.Br. 1970
- Grunsky, Wolfgang Grundlage des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970
- Haenel, Albert Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, in: Studien zum Deutschen Staatsrecht, Bd. II, Leipzig 1888, Nachdruck Darmstadt 1968
- Hahn, Dittmar Die Beteiligtenfähigkeit von Fraktionen im Kommunalverfassungsverstreit, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1974, S. 509 ff.
- Hamann, Andreas/
Lenz, Helmut Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970
- Heermann, Werner Der Gemeinderatsbeschuß, Schriften zur öffentlichen Verwaltung, Bd. 10, Würzburg 1975

- Hoppe, Werner Organstreitigkeiten vor den
Verwaltungs- und Sozialgerichten,
Siegburg 1970
- Organstreitigkeiten und organi-
sationsrechtliche subjektiv-
öffentliche Rechte, in: Deutsches
Verwaltungsblatt 1970, S. 845 ff.
- Huber, Konrad Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz,
Eine Studie zum rechtsstaatlichen
Gesetzesbegriff, Berlin 1963
- Huber, Ernst-Ludolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I,
2. Aufl., Tübingen 1953
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen
Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905
- Gesetz und Verordnung, Freiburg
1887, Nachdruck Aalen 1964
- Allgemeine Staatslehre, Nachdruck
der 3. Aufl., Bad Homburg v.d.H.
1966
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, Neudruck der
3. Aufl., Offenburg 1948
- Jerusalem, Franz-W. Die Staatsgerichtsbarkeit, Tübin-
gen 1930
- Jesch, Dietrich Rechtsstellung und Rechtsschutz
der Gemeinden bei der Wahrnehmung
"staatlicher" Aufgaben, in: Die
Öffentliche Verwaltung 1960, S.
739 ff.
- Gesetz und Verwaltung, Tübingen
1961
- Karsch, Friederun, Christa Demokratie und Gewaltenteilung,
Köln 1973
- Kellner, Hugo Zum gerichtlichen Rechtsschutz
im besonderen Gewaltverhältnis,
in: Die Öffentliche Verwaltung
1963, S. 418 ff.
- Kelsen, Hans Hauptprobleme der Staatsrechts-
lehre, Tübingen 1911, Nachdruck
der 2. Aufl., Aalen 1960

- Kiock, Wolfgang Die Kommunalverfassungsstreitigkeiten und ihre Eingliederung in die VwGO, Diss. jur., Köln 1972
- Kisker, Gunter Insichprozeß und Einheit der Verwaltung, Baden-Baden 1968
- Klein, Hans H. Demokratie und Selbstverwaltung, in: Festschrift für Ernst Forsthoff, S. 165 ff., München 1972
- Klinger, Hans Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Göttingen 1964
- Knack, Hans-Joachim (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Knöppel, Gerhard Das Kommunalverfassungsstreitverfahren, Diss. jur., Heidelberg 1969
- Koch, Hans von Probleme aus der neueren Landkreisordnung, in: Der Bayerische Bürgermeister 1952, S. 218 ff.
- Koehler, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin, Frankfurt/M. 1960
- Körner, Hans Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar mit ergänzenden Rechtsvorschriften, 2. Aufl., Köln 1975
- Köttgen, Arnold Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, Berlin 1939
- Innere Struktur und Zuständigkeit der Gemeindevertretung, in: Deutsche Verwaltungsblatt 1952, S. 421 ff.
- Gemeindeverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen, in: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. I, S. 360 ff.
- Kopp, Ferdinand O. Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München 1977
- Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, München 1976

- Kottenberg, Kurt/
Rehn, Erich Gemeindeordnung für das Land
Nordrhein-Westfalen, Kommentar,
10. Aufl., Siegburg 1975, (1. Aufl.
der Loseblatt-Ausgabe)
- Kottenberg, Kurt/
Steffens, Heinz Rechtsprechung zum kommunalen
Verfassungsrecht, Loseblattsamm-
lung, Bd. I-V, Siegburg, Stand
Dezember 1975
- Krane, W. Über die Funktion kommunaler Aus-
schüsse, in: Der Gemeinderat 1969,
S. 289 ff.
- Krebs, Walter Rechtsprobleme des Kommunalver-
fassungsstreites, in: Verwaltungs-
archiv Bd.68 (1977), S. 189 ff.
- Krüger, Herbert Rechtsordnung und Verwaltungsan-
weisung, in: Festschrift für
R. Smend, Göttingen 1952, S. 211 ff.
- Kuntzmann-Auert, Marion Rechtsstaat und kommunale Selbst-
verwaltung, Köln, Berlin, Bonn,
München 1967
- Laband, Paul Das Staatsrecht des deutschen
Reiches, Bd. 1-4, 5. Aufl., Tübin-
gen 1911-1914
- Lange, Arnold Anmerkung zum Urteil des Bay.VGH
vom 31. Juli 1974, in: Bayerische
Verwaltungsblätter 1976, S. 755 f.
- Lechner, Hans Bundesverfassungsgerichtsgesetz,
Kommentar, 3. Aufl., München 1973
- Leisner, Walter Die quantitative Gewaltenteilung,
in: Die Öffentliche Verwaltung
1969, S. 405 ff.
- Loebell, Friedrich Wilhelm von Gemeindeordnung für das Land Nord-
rhein-Westfalen, 3. Aufl., Wies-
baden 1976
- Loewenheim, Ulrich Zulässigkeit und Vollstreckbarkeit
von Stimmbindungsvereinbarungen,
in: Juristische Schulung 1969,
S. 260 ff.
- Löwer, Wolfgang Zur Problematik der Bildung von
"Unterausschüssen" auf der gemeind-
lichen Ebene, in: Staats- und
Kommunalverwaltung 1975, S. 35 ff.

- Lorenz, Dieter Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973
- Zur Problematik des verwaltungsgerichtlichen Inanspruchnahmeprozesses, in: Archiv des öffentlichen Rechts 93 (1968), S. 308 ff.
- Lüersen, Karl/
Neuffer, Martin Niedersächsische Gemeindeordnung, Loseblattsammlung, Wiesbaden, Stand Dezember 1977
- Luhmann, Niklas Funktionen und Folgen formaler Organisation, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 20, Berlin 1964
- Mangoldt, Hermann von/
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1957
- Masson, Christoph Bayerische Kommunalgesetze, Kommentar, Loseblattsammlung, München Stand Juli 1978
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günther/
Herzog, Roman/
Scholz, Rupert Grundgesetz, Loseblattkommentar, München, Bd. I-III, Stand Juni 1978
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. München, Leipzig 1924
- Meissner, Claus Besprechung von Bleutge, Der Kommunalverfassungstreit, in: Die öffentliche Verwaltung 1971, S. 647
- Menger, Christian-Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verwaltungsarchiv 50 (1959), S. 77 ff.
- Menger, Christian-Friedrich/
Erichsen, Hans-Uwe Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verwaltungsarchiv 57 (1966), S. 64 ff.
- Mörtel, Georg Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtssprechung, in: Wandlung der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13, Berlin 1962, S. 137 ff.

- Neumann, Nikolaus Die Rechtsstellung der Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften im Lande Nordrhein-Westfalen, Diss. jur., Köln 1957
- Obermayer, Klaus Mitgliedschaftliche und organschaftliche Rechtsbeziehungen im Rahmen der Gemeindeverwaltung, in: Bayerische Verwaltungsblätter 1967, S. 122
- Odenbreit, Walter/
Hensel, August-Wilhelm Gemeindeordnung, Amtsordnung, Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit und Kommunalwahlgesetz in Nordrhein-Westfalen, 13. Aufl., Münster 1968
- Oertzen, Hans-Joachim von Zur Zulässigkeit der Aufsichtsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1961, S. 650 ff.
- Oexmann, Burkhard Beanstandung als Mittel kommunalaufsichtlicher Legalitätskontrolle in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, Diss. jur., Münster 1977
- Ossenbühl, Fritz Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg v.d.H. 1968
- Pagenkopf, Hans Kommunalrecht, Bd. 1, Verfassungsrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 1975
- Peters, Hans Die Gemeinde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 203 ff.
- Pottmeyer, Ernst Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 17. Dezember 1976, in: Juristische Arbeitsblätter 1977, S. 470
- Pritzkolet, Friedrich/
Oerter, Volker/
Pappermann, Ernst/
Theiß, Karl-Ludwig Das kommunale Mandat, Düsseldorf 1976
- Rasch, E. Probleme um ein Landesorganisationsgesetz, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1964, S. 377 ff.

- Rauball, Reinhard
Eil- und Dringlichkeitsentscheidungen in Angelegenheiten des Kreistages, der Amtsvertretung, des Gemeinderates und der Ausschüsse mit Entscheidungsbefugnis, in: Die Öffentliche Verwaltung 1972, S. 304 ff.
- Rauball, Johannes/
Rauball, Reinhard
Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., München 1974
- Ringe, Karl
Über die Rechtsstellung der niedersächsischen Ratsausschüsse, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1966, S. 813 ff.
- Rosenberg, Leo/
Schwab, Karl-Heinz
Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., München 1969
- Rüfner, Wolfgang
Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 28 (1970), S. 187 ff.
- Der Folgenbeseitigungsanspruch, ein materieller oder ein prozessualer Anspruch?, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1967, S. 186 ff.
- Rupp, Hans Heinrich
Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
- Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 85 (1960), S. 148-199, 301, 336
- Salzwedel, Jürgen
Staatsaufsicht in der Verwaltung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 22 (1965), S. 206 ff.
- Schatter, Hans
Das Verfahren in den Ausschüssen des Rates nach der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, in: Der Öffentliche Dienst, A, 1953, S. 204 ff.
- Schick, Walter
Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 14. November 1969 (Juristenzeitung 1970, S. 136), in: Juristenzeitung 1970, S. 139 f.

- Schilling, Jürgen Kommunalverfassungsstreitigkeiten in Bayern?, in: Bayerische Verwaltungsblätter 1965, S. 113 ff.
- Schmelter, Hubert Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative, Berlin 1977
- Schmitz, Gerd Können Ratsmitglieder, Ratsfraktionen oder Ratsminderheiten im Verwaltungsrechtsverfahren gegen den Rat klagen?, in: Staats- und Kommunalverwaltung 1962, S. 72 ff.
- Schnapp, Friedrich E. Kommentierung von Art. 20 GG, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Ingo von Münch, Frankfurt/M. 1974, S. 621 ff.
- Amtsrecht und Beamtenrecht, Berlin 1977
- Die Ersatzvornahme in der Kommunalaufsicht, Diss. jur., Bochum 1969
- Anmerkung zum Urteil des BSG vom 28. April 1967 - 3 AK 26/63 -, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1970, S. 291 f.
- Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts, in: Rechtstheorie, Bd. 9 (1978), S. 275 ff.
- Gemeinden als Grundrechtsträger, in: Der Städtetag 1969, S. 534 ff.
- Schroedter, Hans Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung, 2. Aufl., Düsseldorf 1965
- Schuegraf, Elmar Der Fraktionsausschluß im Kommunalrecht und seine rechtliche Kontrolle, in: Bayerische Verwaltungsblätter 1969, S. 116 f.
- Schulte-Beckhausen, Otto Die Auflösung von Ausschüssen und die Abberufung von Ausschußmitgliedern nach der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen, in: Die Gemeinde (Nord-Rhein) 1955, S. 45 ff.
- Schwabe, Johannes Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., Herford 1975

- Schweitzer, G.B. Aktuelle Fragen des parlamentarischen Geschäftsordnungsrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift 1956, S. 84 ff.
- Seeger, Richard Ausschüsse des Gemeinderates und ihre Bedeutung, in: Die Gemeinde (Baden-Württemberg) 1974, S. 437 ff.
- Die Übertragung von Zuständigkeiten im Gemeinderecht, in: Die Gemeinde (Baden-Württemberg) 1974, S. 432 ff.
- Seydel, Max von Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873
- Spanner, Hans Wieder einmal: Zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, in: Die Öffentliche Verwaltung 1965, S. 154 ff.
- Organisationsgewalt und Organisationsrecht, in: Die Öffentliche Verwaltung 1957, S. 640 ff.
- Stahl, Rainer Die Zulässigkeit der Feststellungsklage im Kommunalverfassungsstreit, in: Neue Juristische Wochenschrift 1972, S. 2030 f.
- Starck, Christian Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970
- Steiner, Udo Anwesenheitsrecht stellvertreter der sachkundiger Bürger in nicht-öffentlichen Ausschusssitzungen?, in: Der Städtetag 1976, S. 319 ff.
- Stelkens, Paul/
Bonk, Heinz/
Leonhardt, Klaus Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1978
- Stein, Friedrich/
Jonas, Martin Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. I-III, 19. Aufl., Tübingen 1972
- Stern, Klaus Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 4. Aufl., München 1978
- Thoma, Richard Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. II, Tübingen 1932, S. 607 ff.

- Tietgen, Walter Behörden als Beteiligte im Sozialgerichtsverfahren, in: Die Kriegsoferversorgung 1955, S. 97 ff.
- Triepel, Heinrich Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Tübingen 1923, Nachdruck Bad Homburg 1965
- Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart 1942
- Tschira, Oskar Die Übertragung von Zuständigkeiten durch den Kreistag auf den Kreisausschuß, in: Der Bayerische Bürgermeister 1964, S. 260 ff., 1965, S. 62 f.
- Tschira, Oskar/
Schmitt Glaeser, Walter Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl., Stuttgart, München, Hannover 1975
- Ule, Carl Hermann Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., München 1978
- Das besondere Gewaltverhältnis, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 15 (1957), S. 133 ff.
- Walz, Ernst Gemeindeverfassungsrecht in den Ländern der süddeutschen Ratsverfassung, in: Peters (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, S. 235 ff.
- Weber, Werner Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für C. Schmitt, Berlin 1959, S. 253 ff.
- Werner, - Kommunale Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1952, S. 549 ff.
- Wiethaup, Hans Zur Frage der Beanstandung von Beschlüssen der mit Entscheidungsbezugnis ausgestatteten Ausschüsse des Gemeinderates durch den Gemeindedirektor, in: Der Gemeindehaushalt 1972, S. 181 ff.
- Wolff, Hans J. Organschaft und juristische Person, Bd. 1: Juristische Person und Staatsperson; Bd. 2: Theorie der Vertretung, Berlin 1933/1934, ber. Nachdruck, Aalen 1968

Abkürzungsverzeichnis

=====

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AG-VwGO	Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AS	amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe
Ba-Wü	Baden-Württemberg
Bay., bay.	Bayern, bayerisch
BayBgm.	Der bayerische Bürgermeister
Bay VwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofes in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar, Loseblatt-Kommentar zum Grundgesetz, Stand April 1978 (Hamburg)
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG E	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwG E	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts

dass.	dasselbe
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EigBetrVO	Eigenbetriebsverordnung
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
EVwGO	(Regierungs-)Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung, BT-Drucks. III/55
f.; ff.	folgende Seite; folgende Seiten
FGO	Finanzgerichtsordnung
GG	Grundgesetz
GO	Gemeindeordnung
hess., Hess.	hessisch, Hessen
HDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HKWP	Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
KPB1	Kommunalpolitische Blätter
KVS	Kommunalverfassungsstreitverfahren
KWahlG	Kommunalwahlgesetz
LAG	Lastenausgleichsgesetz
LVerf	Landesverfassung
LVG	Landesverwaltungsgericht

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MRVO Nr. 165	Verordnung Nr. 165 der Britischen Militärregierung über die Verwaltungs- gerichtsbarkeit in der Britischen Zone
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW	Nordrhein-Westfalen
OVG	Oberverwaltungsgericht
pr. GS	preussische Gesetzessammlung
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Das Recht im Amt (Zeitschrift)
SchrSpeyer	Schriftenreihe der Hochschule Speyer
SchVerwG	Schulverwaltungsgesetz
SparkG	Sparkassengesetz
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung
Urt.	Urteil
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwVerfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetze über die Verwaltungsgerichts- barkeit (in den Ländern der ehemaligen Amerikanischen Zone)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVO	Verwaltungsverordnung

WRV

Weimarer Reichsverfassung

ZPO

Zivilprozeßordnung

A. Einleitung

Die Gebiets- und Verwaltungsreform im Lande Nordrhein-Westfalen hat dazu geführt, daß die Größe der einzelnen Kommunen erheblich zugenommen hat¹.

Lediglich 8 Gemeinden bewegen sich in ihrer Einwohnerzahl noch in einer Größenordnung von unter 5.000².

Die Zunahme der Aufgaben, die damit für den Gemeinderat entsteht, ist erheblich³; die Zeiten der Überschaubarkeit des Gemeindegebietes und der in diesem anfallenden Probleme gehören der Vergangenheit an⁴.

Die proportional zur Einwohnerzahl zunehmende Anzahl der Ratssitze kann nur ein sehr vordergründiges Argument im Zusammenhang mit der Bewältigung dieser Aufgaben sein.

Die ehrenamtliche Tätigkeit der Ratsmitglieder läßt es unmöglich erscheinen, daß diese in allen Tätigkeitsbereichen und Problemkreisen ausreichend und gleichmäßig bewandert sind⁵. Dieses muß zwangsläufig dazu führen, daß der Rat den größten Teil seiner Aufgaben delegiert⁶, indem er, soweit es gesetzlich gem. § 28 GO-NW zugelassen ist, Beschlußkompetenzen überträgt oder jeden-

1 Vgl. Statistisches Jahrbuch Deutscher Gemeinden, 1976, S. 78.

2 Vgl. ebenda, siehe Fußnote 1.

3 Vgl. Seeger, Die Gemeinde (Baden-Württemberg), S. 433 ff.; Schwabe, Kommunalverfassung, S. 95 f.; Bremer, Diss., S. 1; auch schon: Elleringmann, Grundlagen der Kommunalverfassung, S. 116.

4 Vgl. hierzu auch: Holler/Naßmacher, in: Frey, Kommunale Demokratie, S. 156 f.; wo auf die Gefahr hingewiesen ist, daß hierdurch die Verwaltungsspitze einen weiteren Informationsvorsprung erhält.

5 Seeger, Die Gemeinde (Baden-Württemberg), 1974, S. 437; Pritzkolet, Das kommunale Mandat, S. 181.

6 Vgl. Elleringmann, Grundlagen, S. 116.

falls Gremien zur Beratung der anstehenden Probleme einsetzt¹, was häufig dazu führen muß, daß der Rat die sich aus den Vorbereitungen ergebenden Vorschläge übernimmt und somit faktisch auch den beratenden Ausschüssen eine "Entscheidungsfunktion" zukommt².

Die Gremien, die so in der Kommune gebildet werden können, bzw. werden müssen, die Ausschüsse gem. § 41 ff. GO-NW, erlangen proportional zur Bedeutungssteigerung des Rates notwendigerweise ebenfalls stark zunehmende Wichtigkeit³.

Dieses gibt Anlaß, die (Rechts-)Stellung der Ausschüsse, ihrer möglichen Untergruppierungen, sowie der einzelnen Mitglieder näher zu untersuchen, vor allem im Hinblick auf die Frage, ob diese Stellung der zunehmenden Bedeutung entsprechend ausgestaltet ist⁴.

B. Der Untersuchungsgegenstand

Entsprechend der obigen Problemstellung sollen von der Untersuchung nur die Ausschüsse erfaßt werden, die weitgehend als "echte Ratsausschüsse" bezeichnet werden⁵.

1 Vgl. Walz, HKWP Bd. I, S. 257; Krane, Der Gemeinderat 1969, S. 289.

2 Seeger, a.a.O., S. 433, hat diese Tatsache klar herausgestellt. Den Verlauf eines Entscheidungsprozesses haben Derlin/Gürtler/Holler/Schreiner, Kommunalverfassung und kommunales Entscheidungssystem, S. 116, treffend skizziert und dabei die Bedeutung der kommunalen Ausschüsse hervorgehoben.

3 Vgl. Bremer, Diss., S. 1.

4 Einige prägnante Zahlenbeispiele hinsichtlich der von den Ausschüssen, im Verhältnis zu der Gesamtheit der Beschlüsse getroffenen Entscheidungen, finden sich bei Grauhan, Politische Verwaltung, S. 276.

5 Vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 41, Anm. 2 ff.; Pritzko-leit, Das kommunale Mandat, S. 182; Schwabe, Kommunalverfassung, S. 96 f.

Diese stellen einen Ausschnitt, einen Teil, des Rates dar; ihre Bildung vollzieht sich gem. § 35, Abs. 3 GO-NW¹.

Sie sind im kommunalen Verfassungsrecht² verankert, im Gegensatz zu den aufgrund von Spezialgesetzen zu bildenden Ausschüssen, die in Zusammensetzung und Verfahren zu den Ratsausschüssen³ erhebliche Abweichungen aufweisen⁴.

Dieses soll jedoch nicht heißen, daß nur solche Ausschüsse als Ratsausschüsse im Sinne der obigen Definition anzusehen sind, deren Existenz unmittelbar aus der Gemeindeordnung folgt, oder die aufgrund der Bestimmung des § 41 Abs. 1 GO-NW vom Rat freiwillig gebildet werden.

Als Kriterium für die Frage der Qualifikation eines Ausschusses als Ratsausschuß ist vielmehr heranzuziehen, inwieweit der betreffende Ausschuß originäre gemeindliche und damit Ratsaufgaben eigeninitiativ wahrzunehmen hat oder aber, ob diese in Zusammensetzung, Aufgabenstellung und Ausführung sondergesetzlich festgelegt, d.h. vorgeschrieben sind⁵.

1 Hierauf wird später noch im einzelnen einzugehen sein.

2 Zu diesem Begriff siehe unter D. I. 2.

3 Wenn im weiteren von Ausschüssen die Rede sein wird, so sind damit die genannten Ratsausschüsse gemeint; anderenfalls befindet sich an der betreffenden Stelle ein gesonderter Hinweis.

4 Vgl. z.B. Bremer, Diss., S. 2/3; Schwabe, Kommunalverfassung, S. 97.

5 So auch: Kottenberg/Rehn, GO § 41, Anm. IV.

Eine abschließende Qualifizierung dieser einzelnen Ausschüsse soll jedoch an dieser Stelle nicht vorgenommen werden¹; hier hinein spielen die Probleme der staatlichen Organ- und Institutionsleihe², deren Behandlung den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde.

Es sollen vielmehr zwei Schwerpunkte gesetzt werden:

1. Die Stellung der Ratsausschüsse, ihrer Teile und Mitglieder in der kommunalen Arbeit, wobei das Hauptaugenmerk auf die Fragen der Bildung, Umbildung und Auflösung der Ausschüsse sowie die kompetenzmäßige Ausprägung dieser Stellung zu richten sein wird.
2. Die Möglichkeit der Geltendmachung der sich aus dieser Stellung ergebenden Positionen³ im Rahmen eines Verwaltungsrechtsstreites, des sogenannten Kommunalverfassungsstreitverfahrens (KVS).

1 Nicht zu den Ratsausschüssen gehören jedenfalls der Jugendwohlfahrtsausschuß gem. § 13 Abs. 2 JWG; der Wahlausschuß gem. § 2 KWahlG; der Beschlußausschuß gem. § 7 Gesetz zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung; der Umlegungsausschuß gem. § 5 der 1. VO zur Durchführung des BBauG; der Flüchtlingsbeirat nach der Verordnung vom 21. September 1964; der Verwaltungsrat der Sparkassen gem. § 10 SparkG; der Ausgleichs- und Feststellungsausschuß gem. § 309 LAG und § 23 Gesetz über die Feststellung von Vertreibungsschäden und Kriegsschäden (FG); der Gutachterausschuß gem. § 137 BBauG; der Untersuchungsausschuß, für den keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist - vgl. Kottenberg/Steffens, Entscheidung Nr. 1 zu § 41 GO; weiter hierzu: Kottenberg/Rehn, GO, § 41, Anm. IV, 14. Im Gegensatz dazu sind der Schulausschuß gem. § 12 SchVerwG, der Verteidigungsausschuß gem. § 2 Abs. 2 des Gesetzes über die Mitarbeit der Gemeinden und Gemeindeverbände auf dem Gebiet der zivilen Verteidigung; der Werksausschuß gem. § 5 EigBetrVO und auch der Wahlprüfungsausschuß als Ratsausschüsse zu bezeichnen - vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 41, Anm. IV.

2 Vgl. Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 75 I, S.1.

3 Der Begriff "Rechte" soll hier noch nicht gebraucht werden, da dieser, um möglichst eine terminologische Stringenz zu wahren, gerade in dieser Untersuchung einer dogmatischen Einführung bedarf.

Beide Punkte stehen in unmittelbarer logischer Verbindung miteinander; jede Position¹ kann nur so stark sein wie die hiermit verbundene Fähigkeit, sie zu verteidigen.

Die Herausstellung bestimmter Kompetenzen der Ausschüsse, ihrer Teile und Mitglieder muß also notwendigerweise zu der Frage führen, abbreviativ ausgedrückt, ob diese die Möglichkeit beinhalten, deren Wahrnehmung und Respektierung unter Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe durchzusetzen².

Der erste Teil der Arbeit wird sich in der Methode als eine einführende, kritische Untersuchung der gesetzlichen Vorschriften bezüglich Bildung und Umbildung der Ausschüsse und der hiermit zusammenhängenden Probleme darstellen. Darüber hinaus ist, als Grundlage für die weitere Untersuchung, der Kompetenzbegriff einzuführen und die Kompetenzträgerschaft der Ausschüsse, deren Teile und Mitglieder zu umreißen.

1 Vgl. Fußnote 3, S. 4.

2 Die genannte Problemstellung führt dazu, daß die Bezirksausschüsse gem. § 13 d Abs. 2 ff. GO-NW nicht mit in die Untersuchung einbezogen werden können, gleichgültig, ob sie als Ratsausschüsse zu bezeichnen sind oder nicht. Hinsichtlich dieser liegen einige Besonderheiten vor: Während die obengenannten Ratsausschüsse sich als Teile des Rates darstellen und als solche, worauf noch einzugehen sein wird - siehe unter C. II. - , vom politischen Kräfteverhältnis her als "verkleinerter Rat" anzusehen sind, werden die Bezirksausschüsse gem. dem politischen Kräfteverhältnis im jeweiligen Gemeindebezirk gebildet - § 13 d, Abs. 4 GO-NW -. Hierzu tritt die räumliche Begrenztheit des Wirkungskreises der Bezirksausschüsse - vgl. Ziff. 4. 5 Verwaltungsverordnung zu § 13 d GO-NW -. Diese Sonderstellung der Bezirksausschüsse - vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 13 d, III, 1; von Loebell, GO, § 13 d, Anm. 9 - würde eine gesonderte Untersuchung erfordern.

Im zweiten Hauptteil wird, im System der Zulässigkeitsprüfung einer verwaltungsgerichtlichen Klage, die Frage zu erörtern sein, ob, bzw. inwieweit diese Kompetenzen als rechtsschutzbewehrte Positionen ausgestaltet sind. Hierzu wird vorab auf das sogenannte Kommunalverfassungsstreitverfahren - KVS - einzugehen sein.

Die umfassende verfahrensrechtliche Problematik, die mit diesem verbunden ist, wurde insbesondere von der Rechtsprechung zugunsten einer zwischenzeitlich nahezu unüberschaubar gewordenen Kasuistik verdrängt¹. Dieses ist um so erstaunlicher, als gerade in diesem Streitverfahren die dogmatisch sehr brisante Frage, ob, bzw. inwieweit der innerorganisatorische Rechtsbereich justitiabel ist, besondere Bedeutung gewinnt².

Die Untersuchung, welche Möglichkeiten den Ausschüssen gegeben sind, diese ihre Stellung im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen, steht naturgemäß in direktem Zusammenhang mit der Frage nach der Justitiabilität des Innenbereichs³.

1 Vgl. hierzu die treffende Darstellung bei Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 26/27, m.w.N.

2 Vgl. an dieser Stelle, wo nur vorab auf das Problem hingewiesen werden soll, statt aller: Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 25 mit Fußnote 4, S. 27.

3 Vgl. Bleutge, KVS, S. 21.

C. Erster Hauptteil

I. Ratsausschüsse - Begriff und Arten

Die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung kennt Pflichtausschüsse, d.h. solche Ausschüsse, zu deren Bildung der Rat durch die GO-NW oder andere gesetzliche Vorschriften verpflichtet ist und freiwillige Ausschüsse, zu deren Bildung der Rat gem. § 41 Abs. 1 GO-NW befugt aber nicht verpflichtet ist¹.

Als Pflichtausschüsse sind gem. § 41 Abs. 2 GO-NW der Hauptausschuß und der Rechnungsprüfungsausschuß zu nennen, sowie der Finanzausschuß, soweit dessen Aufgaben nicht dem Hauptausschuß übertragen sind.

Obwohl somit keine unbedingte Pflicht zur Bildung eines Finanzausschusses besteht, ist dieser als obligatorischer Ausschuß einzustufen².

Während die Aufgaben der freiwilligen Ausschüsse diesen durch Satzung, Geschäftsordnung oder einfachen Ratsbeschluß zugewiesen werden³, trifft § 43 Abs. 2 GO-NW für den Finanzausschuß eine gesetzliche Umschreibung der Aufgaben. Werden diese gem. § 41 Abs. 2, Satz 2 GO-NW dem Hauptausschuß mit zugewiesen, so stellt sich

1 Obligatorische Ausschüsse in diesem Sinne kennt nur die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung; in den übrigen Bundesländern sind solche nicht vorgesehen. Siehe hierzu Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 297 f., wo auf die Sonderstellung des - obligatorischen - niedersächsischen Verwaltungsausschusses verwiesen ist, der nicht mit den obligatorischen Ausschüssen der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung zu vergleichen ist. Unabhängig davon existieren auch in anderen Ländern aufgrund spezialgesetzlicher Regelung einzurichtende Ausschüsse; siehe Gönnenwein, a.a.O., S. 298.

2 So auch Rauball, GO, S. 233; Kottenberg/Rehn, GO, § 41, Anm. III; Krane, Der Gemeinderat 1969, S. 290.

3 Hierauf wird noch näher einzugehen sein, siehe unter C. III. 2.

dieser quasi als Haupt- und Finanzausschuß dar.

Dabei ist jedoch festzustellen, daß die oben angeführte Vergrößerung der einzelnen Gemeinden auch dazu geführt hat, daß von der Möglichkeit, die Aufgaben des Finanzausschusses dem Hauptausschuß zu übertragen, kaum noch Gebrauch gemacht wird. Die Belastung des Hauptausschusses ist ohnehin stark genug und die Bedeutung des Finanzausschusses zu groß¹.

Als obligatorisch zu bilden treten diejenigen Ausschüsse hinzu, die nach anderen Gesetzen gefordert sind².

Zu den fakultativen Ausschüssen zählen als wichtigste und häufigste:

- Bauausschuß,
- Planungsausschuß,
- Liegenschaftsausschuß,
- Personalausschuß,
- Kulturausschuß,
- Sozialausschuß,
- Sportausschuß,
- Krankenhausausschuß,
- Wirtschaftsförderungsausschuß³.

1 Vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 41, Anm. III.

2 Vgl. oben S. 4, FN 1.

3 Vgl. weiter die beispielhaften Aufzählungen bei Seeger, Die Gemeinde 1974, S. 438.

II. Errichtung und Zusammensetzung der Ratsausschüsse

1. Bildung der Ausschüsse

Die obligatorischen Ausschüsse sind in Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften einzurichten¹; insoweit ist der Rat also gebunden.

Die Errichtung der freiwilligen Ausschüsse sollte durch die Hauptsatzung der Gemeinde erfolgen², zumindest dann, wenn diesen nicht nur eine vorübergehende Existenz zugedacht ist.

Das Gesetz trifft insoweit jedoch keine Aussage (§ 41 Abs. 1 GO-NW), so daß dieses auch durch die Geschäftsordnung oder durch einen einfachen Beschluß des Rates geschehen kann³.

Die Zusammensetzung der Ausschüsse hat der Rat gem. § 42 Abs. 1 GO-NW zu regeln⁴, soweit nicht sondergesetzliche Vorschriften eingreifen⁵.

Gem. § 35 Abs. 3 GO sind die Wahlen zu den Ausschüssen nach dem d'Hondtschen System vorzunehmen⁶. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist insoweit nach dessen Änderung vom 16. Juli 1969 im Rahmen der Novelle zur GO⁷ klar die Anwendung dieses Wahlverfahrens zu entnehmen⁷.

1 Siehe oben C. I.

2 Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 293.

3 Gönnenwein, a.a.O., S. 293.

4 Verwaltungsverordnung Nr. 1 zu § 42 GO-NW.

5 Vgl. z.B. § 12 SchulVerwG NW; § 3 AG-JWG.

6 Vgl. auch Verwaltungsordnung 4.1 zu § 35 GO-NW.

7 Vgl. von Loebell, GO, § 35, Anm. 7. Die Frage, ob sich dieses Verfahren als eine der Bedeutung der Ausschüsse angemessene Lösung darstellt, soll hier noch nicht erörtert werden; vgl. dazu C. II. 2.

Die somit erforderliche Listenwahl setzt zunächst das Aufstellen von Wahlvorschlagslisten voraus, auf welche die Stimmen abgegeben werden können¹.

In diese Listen sind auch die sachkundigen Bürger aufzunehmen, soweit diese in einen Ausschuß wählbar sind - § 42 Abs. 3 GO-NW².

Zu der Frage, ob und in welcher Zahl solche sachkundigen Bürger in die Ausschüsse aufgenommen werden sollen - im Rahmen des § 42 Abs. 3 GO-NW - muß der Rat jedoch zuvor ebenso eine Entscheidung treffen wie hinsichtlich der Gesamtmitgliederzahl der einzelnen Ausschüsse³. Diese Festlegung ist sowohl in der Hauptsatzung möglich, als auch in der Geschäftsordnung oder durch einfachen Ratsbeschluß⁴.

Sind diese Voraussetzungen geschaffen, findet die Wahl zu den Ausschüssen über die genannten Listen statt. Diesem Verhältniswahlssystem liegt die Intention des Gesetzgebers zugrunde, hierdurch der Ratsminderheit die ihrem Stimmanteil entsprechende Anzahl von Ausschußsitzungen zukommen zu lassen⁵.

Die Wahl zu den Ausschüssen wird dann überflüssig, wenn der gesamte Rat einstimmig eine Wahlvorschlagsliste erstellt⁶.

1 Kottenberg/Rehn, GO, § 35, Anm. IV, 2.

2 Kottenberg/Rehn, a.a.O.

3 Kottenberg/Rehn, GO, § 35, Anm. IV, 1.

4 Vgl. auch VG Düsseldorf, Kottenberg/Steffens, Nr. 4 zu § 35 GO; Bay. VGH, Landkreis 1961, S. 129.

5 Kottenberg/Rehn, GO, § 45, Anm. IV, 2; OVG Münster, Kottenberg/Steffens, Nr. 1 zu § 35 GO.

6 Vgl. OVG Münster, a.a.O.

Es hieße, unnötig formalistisch zu sein, wollte man hier noch eine "Wahl" fordern; mangels einer Alternativ-Liste könnte diese nur zur Bestätigung des einstimmigen Vorschlages führen. Der Minderheitenschutz ist über das Erfordernis der Einstimmigkeit gewährleistet.

Schon hier sei aber darauf hingewiesen, daß diesem Schutzgedanken auch dann Genüge getan wäre, wenn die Minderheit, ebenso wie die Mehrheit, in die Lage versetzt würde, entsprechend ihrer Stärke im Rat auch Mitglieder in die Ausschüsse zu entsenden¹. Dabei sind die Begriffe "Mehrheit" und "Minderheit" als Synonyme für die politischen Fraktionen zu sehen, die innerhalb des Rates bestehen und die Mehrheit bzw. die Minderheit bilden. Im Gegensatz zu der geltenden Regelung der GO-NW trüge eine solche Bestimmung² dem Faktum Rechnung, daß das Kräftespiel im Rat tatsächlich von politischen Fraktionen bestimmt wird. Das Listenwahlverfahren des § 35 Abs. 3 GO-NW geht von der überkommenen Vorstellung aus, daß solche Fraktionen oder Gruppen zu einem bestimmten Zweck - hier Wahl der Ausschußmitglieder - eigens gebildet werden.

Die Tatsache, daß jeder Gemeinderat aus solchen Fraktionen besteht, ist kaum noch ernstlich zu diskutieren³.

1 Vgl. Masson, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 33, Anm. 4; Bay. VGH, AS n.F. 8, S. 5. Diese Möglichkeit soll im einzelnen noch im Rahmen der Frage der Umbesetzung der Ausschüsse aufgegriffen werden - siehe unter C. II. 2.

2 Z.B. sehr deutlich: § 45 Abs. 1 GO Rheinland-Pfalz.

3 Bremer, Diss., S. 109 f.; Pritzkolet, Das kommunale Mandat, S. 206.

Durch die Novelle zur GO-NW vom 29. Oktober 1974 wurde das Recht der Ratsmitglieder, sich zu Fraktionen zusammenzuschließen, in § 30 Abs. 7 ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen¹. Die Zeit der nicht an eine Partei oder Wählergruppe gebundenen Einzelbewerber ist vorüber, so daß solche auch in den Vertretungskörperschaften nicht mehr vorhanden sind².

Diese Art der Ausschußbesetzung, die derjenigen in den Ländern Bayern³, Niedersachsen⁴, Saarland⁵, Schleswig-Holstein⁶ entsprechen würde, hat gegenüber dem jetzigen Wahlsystem keine Nachteile. Die Bindung der Ausschußbesetzung an die politischen Kräfteverhältnisse im Rat hat jedoch - konsequent fortgedacht - erhebliche Vorteile, falls ein Ausschußmitglied aus seiner Fraktion austritt und sich damit dieses Verhältnis verändert⁷.

2. Umbesetzung der Ausschüsse

Das Gebot des Minderheitenschutzes bei der Zusammensetzung der Ausschüsse verbietet es, einen Ausschuß durch einfachen Mehrheitsbeschluß des Rates umzusetzen⁸. Die durch eine Wahl heute festgelegte Be-

1 Vgl. auch: Kottenberg/Rehn, GO, § 30, Anm. VI.

2 So schon ganz deutlich: Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 253.

3 Art. 33, Bay. GO.

4 § 51 Abs. 2 GO Niedersachsen.

5 § 49 Abs. 2 KSVG Saarland, wo allerdings bei mangelnder Einigung eine Wahl entsprechend dem nordrhein-westfälischen System vorzunehmen ist.

6 § 46 Abs. 1 GO Schleswig-Holstein.

7 Hierauf wird später im Rahmen der Umbildung der Ausschüsse noch näher einzugehen sein.

8 Schulte-Beckhausen, Die Gemeinde 1955, S. 45 ff.

setzung eines Ausschusses könnte sonst morgen von der Ratsmehrheit völlig verändert werden¹.

In der Ablehnung dieser Möglichkeit sind sich Rechtsprechung und Literatur einig; der durch die Verhältniswahl gewährleistete Minderheitenschutz muß auch bei der Umbildung eines Ausschusses erhalten bleiben².

Die Frage, ob die Umbesetzung durch eine Auflösung und Neuwahl des gesamten Ausschusses zu erreichen ist, soll hierbei vorerst außer Betracht bleiben³.

Eine Umbildung gar nicht zulassen will z. B. BESTGEN⁴, der der Ansicht ist, die Ausschußmitglieder - zumindest der Pflichtausschüsse - seien grundsätzlich für die Dauer der gesamten Wahlzeit unabsetzbar. Zur Begründung hierfür beruft er sich auf § 42 Abs. 2 GO-NW, wonach die für den Rat geltenden Vorschriften auf die Ausschüsse entsprechend Anwendung finden. Der Rat aber werde für die gesamte Dauer einer Wahlperiode gewählt (§ 29 Abs. 1 GO-NW).

Diese Argumentation kann nicht überzeugen: Wer sollte den Rat auch umbesetzen? Während dessen Zusammensetzung durch die Stimmabgabe des Wählers erfolgt, wird der Ausschuß sodann durch den so gebildeten Rat besetzt. Die obengenannte Vorschrift des § 29 Abs. 1

1 Hierzu: Schreiben des nordrhein-westfälischen Innenministers an den Gemeindetag NW vom 21. März 1955; LVG Düsseldorf, Kottenberg/Steffens, Nr. 3 zu § 35 GO.

2 Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 217; LVG Düsseldorf, a.a.O.; Schwabe, Kommunalverfassung, S. 99 f.; ÖVG Münster, AS 10, S. 143 ff.

3 Zur Frage der Auflösung eines Ausschusses siehe unter C. II. 3.

4 Die Gemeinde 1954, S. 180/181.

GO-NW, die die Bildung des Rates betrifft, ist auf die Ausschüsse nicht entsprechend anwendbar; die Bildung der Ausschüsse wird durch die Vorschriften der §§ 41 Abs. 1, 35 Abs. 3 GO-NW speziell und abschließend geregelt¹.

Die Verwaltungsverordnung 4.3 zu § 35 GO-NW spricht, neben der obengenannten Möglichkeit der Auflösung und Neuwahl eines Ausschusses, von der Ersetzung eines fehlenden Mitgliedes durch einstimmigen Ratsbeschluß.

Diese Lösung stellt sich jedoch nicht als so unproblematisch und eindeutig dar, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag:

Die Ersetzung eines Ausschußmitgliedes, welches zugleich auch Ratsmitglied ist, soll nur mit dessen Zustimmung möglich sein ("... einstimmig"); dieses kommt praktisch einem freiwilligen Rücktritt des betreffenden Ausschußmitgliedes gleich, was der Verordnungsgeber wohl auch erkannt hat, da er von "frei gewordenen Ausschußsitzen" spricht, somit also bereits von einem vakanten Sitz ausgeht. Dieses aber wirft wiederum die Frage auf, wie sich die Umbesetzung vollziehen soll, wenn es sich um einen sachkundigen Bürger als Ausschußmitglied handelt. Geht man davon aus, daß dem Verordnungsgeber die - einstimmige - Neubesetzung eines frei gewordenen Sitzes vorschwebte, so ist dieses bezüglich eines

¹ Vgl. hierzu: Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 217.

sachkundigen Bürgers entweder nur möglich, wenn ein solcher freiwillig zurücktritt, oder aber, und insofern befände sich dieser dann in einer schwächeren Position als ein Ausschußmitglied, welches gleichzeitig Ratsmitglied ist, der Rat kann - einstimmig - einen sachkundigen Bürger ersetzen, ohne daß dieser sich dagegen wehren könnte. Aus dem Wortlaut der Verordnung läßt sich dieses Problem nicht lösen.

ZUHORN/HOPPE¹ bringen eine weitere Ansicht in die Diskussion. Sie wollen - im Anschluß an das Urteil des LVG Düsseldorf vom 9. Dezember 1954² - die Abberufung eines Ausschußmitgliedes nur dann zulassen, wenn es durch ein solches derselben Partei ersetzt wird und dieses mit Zustimmung aller derjenigen Ratsmitglieder geschieht, die das abzubrufende Mitglied gewählt haben.

So interessant und pragmatisch im positiven Sinne diese Meinung im Ansatz auch sein mag, so wenig praktikabel ist sie. Die Überprüfung, ob tatsächlich alle Ratsmitglieder der Umbesetzung zustimmen, die das abzubrufende Ausschußmitglied gewählt haben, ist nur dann möglich, wenn es sich um eine offene Wahl handelte, d.h., um eine solche, die "durch Zueruf" im Sinne des § 35 Abs. 2 Satz 1 GO-NW vollzogen wurde³

1 Gemeinde-Verfassung, S. 217

2 Kottenberg/Steffens, Nr. 3 zu § 35 GO-NW.

3 Vgl. von Loebell, GO, § 35, Anm. 4 a.

Eine geheime Wahl durch Stimmzettel schließt die Möglichkeit der Praktizierung dieser Ansicht bereits aus.

So unbefriedigend die aufgezeigten Ansichten zu der Frage der Umbesetzung der kommunalen Ausschüsse sind, so wenig zeitgemäß und sinnvoll erscheint die gesamte Regelung des § 35 Abs. 3 GO-NW hinsichtlich der Besetzung und - daraus resultierend - der Umbesetzung der Ratsausschüsse.

Die oben vorgeschlagene Art der Besetzung der Ausschüsse entsprechend der Stärke der im Rat vertretenen Fraktionen oder Gruppen würde dazu führen, daß die einzelne Fraktion/Gruppe eine Anzahl von Ausschußmitgliedern als ihr zustehend betrachten kann.

Gleichzeitig würde diese notwendige direkte Verbindung zwischen der Stärke einer Fraktion/Gruppe im Rat mit der dieser zustehenden Anzahl von Ausschußsitzen dazu führen, daß bei einer Störung dieser Relation, durch Ausscheiden eines Ausschußmitgliedes aus der ihn entsendenden Fraktion/Gruppe, der Ausschuß neu zu besetzen wäre¹.

Die Bedeutung der kommunalen Ausschüsse läßt es als sehr angezeigt erscheinen, eine solche Relation zwischen der Stärke der einzelnen Fraktionen/Gruppen im Rat und deren Präsenz in den Ausschüssen herzustellen². Dieses würde bedeuten, daß bei einem

1 Vgl. Masson, Bay. GO, Art. 33, Anm. 4; Bay. VGH, AS n.F. 20, S. 57.

2 Vgl. den Vorschlag der "Sozialdemokratischen Gemeinschaft für Kommunalpolitik" vom 19. Januar 1977.

Fraktionsaustritt eines Ratsmitgliedes, welches zugleich Ausschußmitglied ist, der betreffende Ausschuß neu besetzt werden müßte. Dabei kann unberücksichtigt bleiben, ob sich dieses Mitglied einer anderen Fraktion/Gruppe anschließt oder aber dieses unterläßt.

Auch bei einer Listenwahl zu den Ausschüssen, wie sie nach der geltenden Fassung der GO-NW vorgesehen ist, muß sich ein Einzelbewerber, der im Rat keiner Fraktion/Gruppe angehört, einer Liste anschließen, um eine Chance zu haben, in einen Ausschuß gewählt zu werden. Insoweit ergeben sich hinsichtlich des faktischen Zwanges zum Anschluß an eine Fraktion/Gruppe keine tiefgreifenden Unterschiede.

Hinzu tritt, daß ein Ausschuß seine Aufgabe, den Rat zu entlasten¹, nur dann in zweckentsprechender Weise nachzukommen in der Lage ist, wenn die Mehrheitsverhältnisse in den Ausschüssen denjenigen im Rat weitestgehend entsprechen².

Die Gefahr, daß der Rat als Plenum mit seiner Mehrheit die Vorschläge oder Entscheidungen verwirft, die von Ausschüssen herrühren, deren Mehrheitsverhältnisse zu denen im Rat in Widerspruch stehen, liegt auf der Hand³.

1 Schulte-Beckhausen, Die Gemeinde 1955, S. 45 ff. spricht in diesem Zusammenhang von einer "Werkzeugfunktion" der Ausschüsse, womit das Zusammenspiel der Funktionen zwischen Rat und Ausschuß prägnant deutlich gemacht ist.

2 Sehr deutlich Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 293; Masson, Bay. GO, Art. 33, Anm. 4 spricht von einem verkleinerten Abbild des Gemeinderates.

3 Vgl. Gönnenwein, a.a.O., S. 293.

Die Notwendigkeit des harmonischen und arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen dem Rat und den Ausschüssen kann in Anbetracht der geschilderten Bedeutung der Ausschüsse im kommunalen Entscheidungsfeld somit nicht hoch genug eingeschätzt werden. Hat eine Fraktion/Gruppe des Rates das Gefühl, ihre Meinung komme im Ausschuß nicht in ausreichendem Maße zum Tragen, bedingt durch eine Unterrepräsentation, so wird sie, unter Inanspruchnahme der sich aus § 41 Abs. 3 Satz 2 GO-NW ergebenden Möglichkeiten, das entsprechende Problem im Rat erneut zur Entscheidung stellen¹.

Aber nicht nur der Ratsmehrheit, auch der Minderheit würde ein solcher gesetzlicher Zwang zugute kommen.

Der Übertritt oder Austritt eines Mitgliedes der Mehrheitsfraktion könnte diese veranlassen - unter Ausnutzung eben dieser Mehrheit - den betreffenden Ausschuß aufzulösen², um wieder zu einer ihr genehmen Zusammensetzung zu gelangen³.

Ein solches Vorgehen ist denjenigen Fraktionen/Gruppen, die sich im Rat in der Minderheit befinden, verwehrt. Dem Minderheitenschutz, der Grundidee der Verhältniswahl zur Besetzung der Ausschüsse, ist insofern sicher nicht genüge getan.

1 Vgl. Gönnenwein, a.a.O., S. 293.

2 Auf das Auflösungsrecht wird noch näher einzugehen sein, siehe unter C. II. 3.

3 Soweit der Ausschuß nicht für die Dauer einer Wahlperiode gebildet ist.

Gegen eine solche gesetzlich vorgeschriebene Auflösung des entsprechenden Ausschusses, welche über eine Änderung, bzw. Ergänzung der Vorschrift des § 35 GO-NW zu erreichen wäre¹, können sich auch keine Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Freiheit des Mandates (§ 30 Abs. 1 GO-NW) ergeben.

Das Mandat an sich bleibt demjenigen Ratsmitglied, welches aus einer Fraktion/Gruppe austritt, über die es in den Ausschuß gelangt ist, erhalten.

An einer freien Ausübung dieses Mandats ist es durch die Auflösung des Ausschusses und dessen Neuzusammensetzung nicht gehindert².

Als Fazit der obigen Darlegungen ist also festzuhalten, daß sowohl die notwendige Effektivität der Arbeit der Ausschüsse, als auch der Gedanke des Minderheitenschutzes eine gesetzliche Regelung nahelegt, wonach ein Ausschuß aufzulösen ist, falls ein Ausschußmitglied sich von der Fraktion/Gruppe löst, für die es in den Ausschuß gelangt ist³.

1 Den Vorschlag zu einer solchen Neuregelung hat die "Sozialdemokratische Gemeinschaft für Kommunalpolitik" bereits in ihrer Veröffentlichung vom 19. Januar 1977 zur Sprache gebracht.

2 Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 217. Dieses erkennt z.B. Rauball, GO, § 35, Anm. 6, wenn er in diesem Zusammenhang auf das freie Mandat abstellt.

3 Vgl. die gesetzlichen Regelungen in den Ländern Niedersachsen - § 51 Abs. 9 GO; Rheinland-Pfalz - § 43 Abs. 3 GO.

3. Auflösung der Ausschüsse

Die Ansicht von BESTGEN¹, zumindest die Pflichtausschüsse seien für die Dauer einer Legislaturperiode gebildet, ist bereits oben widerlegt worden². Die Heranziehung der Regelungen über die Wahl des Rates mußte aus den genannten Gründen scheitern.

Richtig ist, daß der Rat die obligatorischen Ausschüsse nicht auflösen kann, ohne diese gleichzeitig wieder neu zu bilden³; dieses ergibt sich aus der Tatsache, daß diese Ausschüsse vom Gesetzgeber vorgeschrieben sind⁴.

Grundsätzlich wird von der Literatur und Rechtsprechung die Möglichkeit des Rates, die Ausschüsse durch einfachen Mehrheitsbeschluß aufzulösen, nicht in Zweifel gezogen⁵, es sei denn, der Rat hat diesbezüglich Regelungen in die Hauptsatzung aufgenommen⁶. Garantieren diese die Existenz eines Ausschusses, so ist eine Änderung der Hauptsatzung gem. § 4 Abs. 2 Satz 3 GO-NW mit der Mehrheit der gesetzlichen Anzahl der Ratsmitglieder notwendig, um den betroffenen Ausschuß aufzulösen.

1 Die Gemeinde 1954, S. 180/181.

2 Siehe oben C. II. 2.

3 Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 216; von Loebell, GO, § 35, Anm. 21.

4 Als Sonderfall ist in diesem Zusammenhang noch zu erwähnen, daß der Rat den Finanzausschuß auflösen und dessen Aufgaben gem. § 41 Abs. 2 GO-NW dem Hauptausschuß zuweisen kann.

5 Vgl. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 293; § 32 Abs. 5 Bay. GO hat dieses Recht des Rates eigens gesetzlich fixiert; ebenso § 51 Abs. 9, Satz 1 Nieders. GO.

6 Vgl. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 293.

Die Auflösung der Ausschüsse durch den Rat ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn durch sondergesetzliche Regelungen eine Wahl dieses Ausschusses "für die Dauer der Wahlzeit der Vertretungskörperschaft" vorgeschrieben ist¹.

Dieses gilt z.B. hinsichtlich des Jugendwohlfahrtsausschusses gem. § 2 AG-JWG und einiger weiterer Ausschüsse².

Dieses sei hier jedoch nur am Rande erwähnt, da diese Ausschüsse nicht als echte Ratsausschüsse im Sinne der obigen Definition³ anzusehen sind.

1 Vgl. von Loebell, GO, § 35, Anm. 21; Rauball, GO, § 35, Anm. 5.

2 Hierzu gehören auch die Ausschüsse gem. § 10 Abs. 1 SparkG, § 42 Abs. 1 PolG.

3 Siehe oben B.

III. Die Kompetenzen der Ratsausschüsse, ihrer Teile und einzelnen Mitglieder

1. Funktion und Kompetenz

Nachdem die allgemeine Funktion der Ausschüsse im Gesamtgefüge der kommunalen Selbstverwaltung herausgestellt worden ist, soll der Blick darauf gerichtet werden, wie diese Gesamtfunktion zur Ausübung im einzelnen subjektiviert ist.

Die durch diese Subjektivierung geschaffenen Positionen sollen im folgenden als "Kompetenzen" bezeichnet werden¹.

Entsprechend der Untersuchungsthematik ist dabei lediglich der innerorganisatorische Aspekt dieser Kompetenzverteilung zu beleuchten.

Dabei kommt es letztlich nicht auf eine umfassende und abschließende Zusammenstellung aller denkbaren Kompetenzen an; wesentlich ist die Herausarbeitung der rechtlichen Strukturen der Kompetenzverteilung, welche die Beantwortung der Frage ermöglichen sollen, inwieweit diese Kompetenzen deren Trägern rechtsschutzbewehrte Positionen einräumen.

¹ Allgemein ist diese zu definieren als "Die Bezogenheit einer Verpflichtung oder Berechtigung auf ein Subjekt", vgl. Bleutge, KVS, S. 39, 94.

2. Kompetenzträger und Kompetenz

a) Die Ausschüsse

Die Kompetenzen der Pflichtausschüsse sind im Gesetz festgelegt (§ 43 GO-NW). Ihnen können im Rahmen des § 28 GO-NW jedoch weitere Angelegenheiten zur Entscheidung oder Beratung übertragen werden¹.

Diese Delegation wird regelmäßig in der Hauptsatzung vorgenommen, jedoch auch durch die Geschäftsordnung und einfachen Ratsbeschluß². Dabei setzt eine Änderung der Kompetenzverteilung, sowie die Rückholung im Falle der Delegation durch die Hauptsatzung, eine entsprechende Satzungsänderung mit den Stimmen der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder voraus (§ 4 Abs. 2, Satz 3 GO-NW)³. Ein einfacher Ratsbeschluß ist nicht ausreichend⁴.

Die so kraft Ortsrecht geschaffene Zuständigkeit des Ausschusses hat auch ein Verbot des Selbsteintrittes des Rates in diesen Angelegenheiten zur Folge⁵. Ein grundsätzliches "Rückholrecht" des Rates existiert nach dem Gesetz nicht⁶.

1 Für den Finanzausschuß siehe z.B. Kottenberg/Rehn, GO, § 43, Anm. VI, 1; ders., a.a.O., § 28, Anm. III zur Delegation von Entscheidungskompetenzen; weiter: Schwabe, Kommunalverfassung, S. 104 f.

2 Vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 28, Anm. III, 1.

3 Rauball, GO, § 28, Anm. 19.

4 von Loebell, GO, § 28, Anm. 7.

5 Vgl. von Loebell, a.a.O.; Kottenberg/Rehn, GO, § 28, Anm. III, 2; Rauball, GO, § 28, Anm. 19.

6 OVG Münster, AS 19, S. 42 (45), wo das Gericht insoweit jedoch einen Redaktionsfehler im Gesetz vermutet.

Um die Notwendigkeit einer jeweiligen Satzungsänderung zu vermeiden, hat der Rat die Möglichkeit, sich ein solches "Rückholrecht" in der Satzung vorzubehalten. In diesem Fall ergibt sich eine Doppelzuständigkeit von Rat (Delegant) und Ausschuß (Delegatar)¹; gleiches gilt für die Delegation durch die Geschäftsordnung oder durch einfachen Ratsbeschluß².

Eine eigene Entscheidung des Rates ist hier ausgeschlossen, sobald der Ausschuß entschieden hat³. Die Zuständigkeit⁴ des Rates läßt sich nur über § 41 Abs. 3, Satz 2 GO-NW wieder begründen. Die Anwendung dieser Gesichtspunkte auf den Fall der Übertragung deliberativer Kompetenzen führt zu dem Ergebnis, daß dem Ausschuß diese für den Fall der Übertragung durch die Hauptsatzung nur durch deren Änderung genommen werden können. Auch der satzungsmäßige Vorbehalt der jederzeitigen Rückholung durch den Rat ist denkbar. In diesem, sowie im Falle der Übertragung der Beratungskompetenz durch die Geschäftsordnung oder einfachen Ratsbeschluß, ist für die Entziehung ein ausdrücklicher Ratsbeschluß als actus contrarius zu fordern.

1 OVG Münster, a.a.O., unter Bezugnahme auf Triepel, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, S. 51 ff.

2 R. Rauball, DÖV 1972, S. 306.

3 R. Rauball, a.a.O.; Kottenberg/Rehn, GO, § 28, Anm. III, 1; von Loebell, GO, § 28, Anm. 7; OVG Münster, AS 19, S. 42 (45).

4 Dieser Begriff ist als Synonym zur "Kompetenz" zu sehen - vgl. Bleutge, KVS, S. 94 ; der Unterscheidung von Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 72, I, s. 1 soll hier nicht gefolgt werden.

b) Die Teile der Ausschüsse

Als Teile der Ratsausschüsse kommen zum einen die o.g. Fraktionen oder Gruppen in Betracht. Diesen sind als solchen durch das Gesetz keine Kompetenzen eingeräumt. Jedoch ist es dem Rat freigestellt, solche in den Richtlinien gem. § 41 Abs. 3, Satz 1 GO-NW, d.h. in der Regel in einer Geschäftsordnung zu schaffen¹. In Betracht kommen sogenannte Initiativkompetenzen, z.B. gerichtet auf Einberufung einer Sitzung des Ausschusses, Einholung einer Stellungnahme der Verwaltung, Ladung eines Beigeordneten u.ä.

Dem Rat steht es weiterhin frei, dem Ausschußvorsitzenden, seinem Stellvertreter, sowie z.B. - insbesondere bei bedeutenden Ausschüssen größerer Kommunen - den Fraktionsführern eigene Kompetenzen zuzuordnen.

Es erscheint jedoch ausgeschlossen, daß solche Kompetenzen bestimmten größenordnungsmäßig² festgelegten Minderheiten des Ausschusses, sogenannten Initiativminderheiten³, zugeordnet sind.

Was teilweise als Kompetenz dieser Minderheiten angesehen wird⁴, stellt sich in Wahrheit als - bedingte - Kompetenz der einzelnen, eine solche Minderheit bildenden Ausschußmitgliedern dar.

1 Vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 41, Anm. V.

2 In der Regel als Bruchteil der Gesamtmitgliederzahl.

3 Vgl. zu diesem Begriff Kiock, Diss., S. 73; Bonk, Diss., S. 70.

4 Vgl. Bonk, Diss., S. 70; Kiock, Diss., S. 73 f.; Bleutge, KVS, S. 51.

Stellt eine bestimmte Anzahl dieser Mitglieder einen Antrag, welcher eine zwingende Folge zeitigt, z.B. Antrag auf Einberufung des Ausschusses durch - mindestens - ein Drittel der Mitglieder des Ausschusses gem. § 31 Abs. 1, Satz 4 i.V.m. § 42 Abs. 2, Satz 1 GO-NW¹, so handelt es sich nicht um einen Antrag, sondern um mehrere Anträge der einzelnen Mitglieder², welche kumulativ zum angestrebten Ziel führen.

Liegt die entsprechende Anzahl von Stimmen vor, so hat, wieder bezogen auf das obige Beispiel, der Vorsitzende die Sitzung einzuberufen. Jedem einzelnen Mitglied steht nunmehr, nach Eintritt der "Bedingung", die Kompetenz zu, die Einberufung zu verlangen. Subjekt der Kompetenzzuordnung ist also nicht die genannte "Initiativminderheit". Dieser fehlt es an jeglicher Konstitution; sie entsteht quasi als "Zufallsprodukt" in dem Augenblick, in welchem die erforderliche Anzahl von Anträgen zusammenkommt³.

-
- 1 Weiter z.B.: Einspruch durch ein Drittel der Ausschußmitglieder gegen einen Beschluß, mit der Wirkung, daß hierüber der Rat zu entscheiden hat - § 41 Abs. 3, Satz 3 GO-NW.
 - 2 Diese können lediglich gemeinsam gestellt werden. Ein solcher gemeinsamer schriftlicher Antrag muß von jedem Antragsteller unterzeichnet werden. Ein ebenso möglicher mündlicher Antrag muß von einem Mitglied gestellt werden und in der anschließenden Abstimmung muß sich die hierfür erforderliche, festgelegte Anzahl von Stimmen finden - vgl. von Loebell, GO, § 31, Anm. 6.
 - 3 Vgl. hierzu die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 1953 - BVerfGE 2, S. 143 (145) -, wo sich das Gericht ausführlich mit der Beteiligtenfähigkeit im Rahmen eines staatsverfassungsrechtlichen Organstreites beschäftigt. Dort ist darauf hingewiesen, daß eine Konstitution erst durch die Stellung eines Antrages - dort: gem. Art. 44 GG - erfolgt. Vgl. weiter Schweitzer, NJW 1956, S. 87 in bezug auf das parlamentarische Geschäftsordnungsrecht.

Auch den sogenannten Abstimmungsminderheiten und -mehrheiten können eigene Kompetenzen nicht zustehen. Die in einem kollegialen Entscheidungsprozeß in der Regel entstehende Stimmenminderheit stellt, ebenso wie die Mehrheit, ein Element der Willensbildung dar; Resultat ist ein einheitlicher Beschluß, welcher weder der Mehrheit noch der Minderheit eine eigene Kompetenz verschafft; die Stimmen gehen ununterscheidbar als politische Kräfte in den Beschluß ein. Der Beschluß aber ist dem Ausschuß als Ganzheit zuzurechnen¹.

c) Die einzelnen Mitglieder

aa) Ratsmitglieder und sachkundige Bürger als ordentliche Ausschußmitglieder gem. § 42 Abs. 3 GO-NW

Hinsichtlich der Kompetenzen oder teilweise auch sogenannten Mitgliedschaftsrechte² der einzelnen Ausschußmitglieder sind gem. § 42 Abs. 2, Satz 1 GO-NW die für die Ratsmitglieder geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit keine Sondervorschriften vorhanden sind.

1 Ebenso: Bonk, Diss., S. 68 f.; Kiock, Diss., S. 72 f.; Bleutge, KVS, S. 51 f., letzterer hinsichtlich der Abstimmungsmehrheit; Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 215 f., unter "Minderheiten" (S. 216) versteht dieser die obengenannten Initiativminderheiten; weiter hierzu: BVerfG E 2, S. 143 (161); a.A. Bay. VGH, AS n.F. 11 II, S. 5, wo die Klage einer Abstimmungsminderheit gegen die Mehrheit zugelassen wurde, ohne daß das Gericht sich mit den hier angeschnittenen Problemen näher auseinandersetzt. Zum Verhältnis von Minderheit und Mehrheit im Rahmen eines kollegialen Willensbildungsprozesses vgl. auch Dagtoglou, Kollegialorgan, S. 127 ff.

2 Zu diesem Begriff vgl. Arndt, DÖV 1963, S. 572 f.; Schmitz, SKV 1962, S. 72; OVG Münster, AS 13, 350 (352), 27, 258 (263); Kisker, Insichprozeß, S. 38.

Diese Kompetenzen unterscheiden sich insoweit von denjenigen der bisher genannten Funktionssubjekte, als hierbei keine Verknüpfung zwischen Person und Kompetenz stattfindet, sondern lediglich eine solche zwischen Funktion und Kompetenz.

Zwar nimmt auch das einzelne Ausschußmitglied eine Funktion wahr, an welche die noch näher zu beschreibenden Kompetenzen gebunden sind; jedoch besteht zusätzlich eine notwendige Verbindung der Kompetenz mit der realen Person des Ausschußmitgliedes. Diese Person ist, aufgrund der Wahl, grundsätzlich nicht austauschbar. Der bayerische VGH¹ spricht insoweit von einem "persönlichen" Recht, welches dem Inhaber eines kommunalen Mandats durch die Wahl zuteil werden soll, womit er offenbar die obige Verbindung meint.

Auf diese Problematik wird im Rahmen der Beteiligtenfähigkeit der einzelnen Ausschußmitglieder im Kommunalverfassungsverfahren zurückzukommen sein².

Als Kompetenzen der einzelnen - ordentlichen - Ausschußmitglieder stehen im Vordergrund die sogenannten Mitwirkungsrechte³.

Diese finden weder direkte Erwähnung in der Gemeindeordnung noch besteht die Notwendigkeit, sie expressis

1 Seit dem Urteil vom 25. November 1948 - VerwRspr. 1, S. 198 (198, 201) - ständige Rechtsprechung.

2 Siehe oben D. II. 2. b), aa).

3 Vgl. zu diesem Begriff: Neumann, Diss., S. 69.

verbis in die Geschäftsordnung aufzunehmen¹.

In diesem Bereich gehören das Recht auf Anwesenheit, Abstimmung, Antragstellung, Beratung, freie Rede, als dem parlamentarischen Funktionsgedanken inhärente Kompetenzen². Diese parlamentarischen Essentialien sind, ungeachtet dessen, daß die kommunalen Vertretungskörperschaften keine Parlamente im herkömmlichen Sinne darstellen³, den Regeln über die Organisation und das Verfahren des Rates in den §§ 31 ff. GO-NW zu entnehmen. Sie sind weitestgehend nach parlamentarischem Vorbild und parlamentarischen Grundsätzen gestaltet⁴.

Neben der Verwaltungstätigkeit aus §§ 28 Abs. 1, 40 Abs. 2 GO-NW sind dem Rat Funktionen einer politischen Körperschaft im Sinne eines demokratisch-kollegialen Repräsentativorgans zugewiesen⁵.

1 Vgl. Berkenhoff, Kommunalverfassungsrecht, S. 104 f.

2 Vgl. Neumann, Diss., S. 69; Pritzkolet, Das kommunale Mandat, S. 192 f., 202 f.; Odenbreit/Hensel, GO, S. 305 f., OVG Münster, Kottenberg/Steffens, Nr. 10 zu § 27 GO.

3 Vgl. OVG Münster, Urteil vom 29. März 1971 - II A 1315/78 -; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 261 ff.

4 Vgl. Köttgen, DVBl 1952, S. 421 ff.; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 277; insbesondere: Giesberts, Diss., S. 29 f; als Beispiel für das kodifizierte Antrags- und Beratungsrecht führt dieser § 62 der Rheinischen Landgemeindeordnung vom 15. Mai 1856 an: "Jedes Mitglied des Gemeinderates hat das Recht, Anträge und Vorschläge über die Angelegenheit der Gemeinde zur Beratung zu bringen". - pr.GS, S. 435.

5 Vgl. Neumann, a.a.O.

Damit wird zugleich den Ratsmitgliedern, und über § 42 Abs. 2, Satz 2 GO-NW auch den Ausschußmitgliedern, ein rechtlicher Status eingeräumt, der sie zur Wahrnehmung der Aufgaben berechtigt, die bei der Zugrundelegung des historisch-konventionellen Begriffs der repräsentativen politischen Körperschaft deren Mitgliedern zufallen¹.

Diese Aussage wird durch einen Blick auf die Berichte der gesetzgeberischen Beratung zur Gemeinde-, Amts- und Kreisordnung NW gehärtet, aus welchen sich ergibt, daß bei der Ausgestaltung der inneren Struktur und der Verfahrensordnung des kommunalen Rates das Parlamentsrecht als Vorbild gedient hat³.

Insoweit sind also über § 30 Abs. 1 i.V.m. § 42 Abs. 2, Satz 1 GO-NW unter dem übergeordneten repräsentativ-parlamentarischen Gedanken den einzelnen Ausschußmitgliedern, auch ohne eine ausdrückliche rechtssatzmäßige Festschreibung, die o.g. Funktionen als Kompetenzen zugeordnet.

1 Vgl. statt aller: Hesse, in: Ev. Staatslexikon, Spalte 12 ff.

2 Vgl. Stenografischen Bericht über die 21. Sitzung des Ausschusses zur Beratung der Gemeinde-, Amts- und Kreisordnung vom 8. Juni 1951, S. 4.

3 Siehe auch: Köttgen, HKWP Bd. I, S. 367

bb) Ratsmitglieder und sachkundige Bürger als beratende Ausschußmitglieder gem. § 42 Abs. 1, Satz 3 ff. GO-NW

Die Rechtsstellung der nach §42 Abs.1, S.3 GO zu Ausschußmitgliedern ernannten Ratsmitglieder oder sachkundigen Bürger ist insoweit gegenüber den regulären, d.h., gewählten Mitgliedern eingeschränkt, als sie von Abstimmungen ausgeschlossen sind¹.

Im übrigen ist davon auszugehen, daß ihnen die gleichen Kompetenzen wie den übrigen Ausschußmitgliedern zustehen. Eine Norm, welcher gegenüber der Regelung des § 42 Abs. 2, Satz 2 GO-NW einschränkende Wirkung zukommen könnte, ist nicht vorhanden.

Andererseits dürfen diesen Mitgliedern durch die Geschäftsordnung keine Kompetenzen eingeräumt werden, die ohne die Ausübung eines Stimmrechtes nicht möglich und mithin diesem gleichzusetzen sind². Zu denken ist hierbei an den Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit oder auf geheime Abstimmung; hier ist bereits durch die Antragstellung die entsprechende Wirkung erzielt.

Demgegenüber muß die Einräumung der Möglichkeit, Anträge zur Sache und zur Geschäftsordnung zu stellen, dem Rat zur Disposition stehen³.

1 Vgl. z.B.: von Loebell, GO, § 42, Anm. 6 h; Kottenberg/Rehn, GO, § 42, Anm. I, 3.

2 Vgl. von Loebell, GO, § 42, Anm. 6, h.

3 Vgl. von Loebell, a.a.O.

IV. Zusammenfassung

Die "echten" Ratsausschüsse nach der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung gliedern sich in obligatorische und fakultative Ausschüsse.

Erstere sind aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen zu bilden, während letztere nach Bedarf für einzelne Sachgebiete geschaffen werden können.

Die Festlegung der Zusammensetzung der Ausschüsse erfolgt, vorbehaltlich sondergesetzlicher Vorschriften, gem. § 35 Abs. 3 GO-NW durch Stimmabgabe auf zuvor gebildete Wahlvorschlagslisten; die Ermittlung der über die Liste gewählten Ausschußmitglieder erfolgt nach dem d'Hondt'schen Höchstzahlverfahren.

Für den Fall, daß lediglich eine Vorschlagsliste vom Rat erstellt ist, kann diese durch einfachen Beschluß angenommen werden.

Das gesetzlich vorgeschriebene Höchstzahlverfahren dient dem Schutz der Ratsminderheit im Rahmen der Ausschußbesetzung. Dieser ist jedoch auch gewährleistet, falls den einzelnen Ratsfraktionen eine ihrer Stärke entsprechende Anzahl von Ausschußsitzen zugeordnet würde. Eine solche Regelung, in Verbindung mit einer gesetzlich herzustellenden unbedingten Verbindung zwischen Fraktionsstärke und Repräsentation in den einzelnen Ausschüssen, würde eine Optimierung der Ausschußarbeit nach sich ziehen, da für die Ratsmehrheit keine Veranlassung bestünde, Vorschläge oder

Entscheidungen der Ausschüsse aus dem Gedanken heraus zu verwerfen, ihr Standpunkt sei in dem Ausschuß nicht ausreichend, d.h. mehrheitlich, zum Ausdruck gekommen. Eine derartige, in die Gemeindeordnung aufzunehmende Bestimmung könnte, ähnlich wie in anderen Bundesländern, die Auflösung und Neubildung eines Ausschusses vorsehen, falls die politischen Kräfteverhältnisse im Rat und im Ausschuß nicht mehr übereinstimmen.

Hierdurch wären die Gedanken des Minderheitenschutzes und der Effektivitätssteigerung der Ausschußarbeit in optimaler Weise miteinander verbunden.

Die Auflösung eines fakultativen Ausschusses zum Zwecke der Neubesetzung ist dem Rat durch Mehrheitsbeschluß jederzeit möglich; gleiches gilt für die Auflösung zur endgültigen Abschaffung, wobei die besondere Mehrheitsanforderung des § 4 Abs. 2, Satz 3 GO-NW zu beachten ist, falls die Schaffung des Ausschusses in der Hauptsatzung festgeschrieben ist.

Die obligatorischen Ausschüsse sind im Falle der Auflösung umgehend neu zu besetzen.

Die in § 43 GO-NW festgelegten Kompetenzen der Pflichtausschüsse können durch den Rat mittels Beschlusses und in der Hauptsatzung sowie in der Geschäftsordnung erweitert werden. Diesen Ausschüssen, und ebenso den freiwillig gebildeten, können Beratungs- und Entscheidungskompetenzen übertragen werden.

Da das Gesetz ein allgemeines Rückholrecht des Rates nicht vorsieht, ist eine Änderung der durch die

Hauptsatzung vorgenommenen Kompetenzverteilung lediglich durch eine Satzungsänderung möglich, es sei denn, in der Satzung selbst hat sich der Rat ein solches Recht vorbehalten.

Eine durch Beschluß oder die Geschäftsordnung übertragene Kompetenz kann der Rat im jeweiligen Fall dann nicht mehr zurückholen, wenn sie von dem entsprechenden Ausschuß bereits wahrgenommen worden ist, d.h., falls dieser bereits entschieden oder beraten hat.

Auch hinsichtlich einiger Untergliederungen des Ausschusses kommt eine Kompetenzübertragung in den o.g. Formen in Betracht. Zu denken ist hierbei z.B. an die Fraktionen.

Ausgeschlossen erscheint dieses hinsichtlich der sog. Initiativminderheiten, sowie den Abstimmungsmehrheiten und -minderheiten. Die ersteren stellen allein "Zufallsprodukte" dar, welche entstehen, falls eine bestimmte Anzahl von Ausschußmitgliedern Anträge stellt, welche kumulativ eine festgelegte Folge zeitigen. Nach Eintritt der Bedingung - Vorliegen der erforderlichen Anträge - kann jedes Mitglied die Erfüllung verlangen.

Die Abstimmungsmehrheiten und -minderheiten gehen als ununterscheidbare Elemente kollegialer Willensbildung in dem Beschluß unter, welcher dem Ausschuß in seiner funktionssubjektiven Ganzheit zugerechnet wird.

Den einzelnen Ausschußmitgliedern, sowohl den aus der Mitte des Rates gewählten, als auch den sachkundigen Bürgern, stehen, wie den Mitgliedern des

Rates, die allgemeinen Mitwirkungsrechte zu. Einschränkungen ergeben sich gem. § 41 Abs. 1, Satz 5 und 6 GO für die beratenden Mitglieder. Diese Rechte sind gesetzlich nicht *expressis verbis* festgeschrieben. Sie sind dem insoweit heranziehbaren parlamentarischen Funktionsgedanken inhärent.

Diese, aufgrund bestehender Verknüpfung zwischen Person und Funktion, teilweise auch sogenannten Mitgliedschaftsrechte sind gerichtet auf Anwesenheit bei einer Sitzung, Abstimmung, Antragstellung, Beratung, freie Rede etc. Eine Erweiterung der Kompetenzen oder deren nähere inhaltliche Ausformung durch Ratsbeschluß oder in der Geschäftsordnung des Ausschusses ist möglich und üblich.

D. Zweiter Hauptteil

I. Das Kommunalverfassungsstreitverfahren

Die Tatsache, daß die Bedeutung der kommunalen Ausschüsse stetig zugenommen hat und diese letztlich die wahren Entscheidungszentren des gemeindlichen Selbstverwaltungsbereiches darstellen, führt zu der Überlegung, ob und inwieweit diese Ausschüsse, ihre Teile und die einzelnen Mitglieder in der Lage sind, die ihnen übertragenen Kompetenzen unter Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zu schützen.

Die mittlerweile durchaus als herkömmlich¹ zu bezeichnende Möglichkeit, im innerorganisatorischen Bereich der kommunalen Gebietskörperschaften gerichtliche Entscheidungen herbeizuführen, stellt das sogenannte Kommunalverfassungsstreitverfahren dar.

1. Rückblick auf die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur

Der Begriff "Kommunalverfassungsstreitverfahren"² stellt eine terminologische Entwicklung dar, welche aus der Zeit um 1958 stammt³.

1 Siehe das anschließende Kapitel zur Entwicklung dieses Verfahrens.

2 Die Begriffe "Kommunalverfassungsstreit", "Kommunalverfassungsstreitigkeit", "kommunalverfassungsrechtlicher Organstreit" werden weitestgehend synonym gebraucht.

3 Vgl. BVerfG E 8, S. 122 (130); Henrichs, KPBl 1958, S. 515; ders., DVBl 1959, S. 584.

Die Verwaltungsgerichte wurden jedoch bereits einige Jahre zuvor zur Entscheidung über Fragen des kommunalen Verfassungsrechtes im kontradiktorischen Verfahren angerufen¹.

Hier, ebenso wie bei MENER², taucht der Begriff "Gemeindeverfassungsstreitigkeiten" auf³. Mit diesen Begriffen verbinden sich seither gefestigte, wenn auch im einzelnen stark voneinander abweichende Vorstellungen⁴. Insbesondere die Gerichte haben die Prüfung und Diskussion über die prozessualen Voraussetzungen dieses Verfahrens zugunsten einer unübersichtlichen Einzelfallrechtsprechung völlig vernachlässigt⁵, worauf später noch im einzelnen einzugehen sein wird⁶.

Da bereits mehrfach in einschlägigen Untersuchungen die historische Entwicklung des jetzt sogenannten Kommunalverfassungsstreitverfahrens aufgezeigt wurde, bedarf es hier keiner umfassenden Darstellung mehr⁷.

Es soll nur dort auf Historisches zurückgegriffen werden, wo hieraus Erkenntnisse für den augenblicklichen Problemstand zu gewinnen sind.

1 Vgl. LVG Braunschweig, DVBl 1952, S. 25; OVG Lüneburg, AS 2, S. 225 (228).

2 System, S. 224, Anm. 12; weiterhin: Baring, Stadte- tag 1952, S. 105 ff., der von kommunalen Verfassungs- streitigkeiten spricht; Werner, DVBl 1952, 549 ff.

3 Vgl. auch: Henrichs, DVBl 1959, S. 548.

4 Vgl. z.B. Bleutge, KVS, S. 23.

5 Siehe hierzu die Kritik von Hoppe, Organstreit, S. 25.

6 Siehe unter D. II. 2., b), dd), (3), (b).

7 Vgl. z.B. Kiock, Diss., S. 6 ff.; Knöppel, Diss., S. 2 ff.; insbesondere: Bonk, Diss., S. 15 ff.

Der Erwähnung bereits an dieser Stelle bedarf jedoch die Tatsache, daß der Begriff des Kommunalverfassungsstreitverfahrens bezüglich seiner prozessualen Bedeutung uneinheitlich eingeordnet wird.

Weitgehend ist er, soweit überhaupt ersichtlich, in Literatur und Rechtsprechung als deskriptiver Oberbegriff für die - später noch genauer zu definierenden - Streitigkeiten im kommunalverfassungsrechtlichen Innenbereich gebräuchlich¹.

Er dient damit der Differenzierung gegenüber denjenigen Verfahren, auf welche die Verwaltungsgerichtsordnung - zumindest primär - zugeschnitten ist, d.h., in denen der Bürger dem Staat in einem subordinationsrechtlichen Verhältnis gegenübersteht² und in diesem Rahmen Rechtsschutz begehrt. Damit kommt dem Begriff insoweit lediglich eine problemumreißende Bedeutung zu, ohne daß im prozessualen Bereich hieran bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen sind.

Im Gegensatz hierzu will das OVG Münster - wenngleich dieses nicht immer klar zu Tage tritt - das Kommunalverfassungsstreitverfahren als eine Klageart "sui generis" neben die herkömmlichen Gestaltungs-, Leistungs- und Feststellungsklagen stellen. Dieses kommt insbe-

1 Vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 42, Anm. 14 a; Bleutge, KVS, S. 25; Schunck/De Clerck, VwGO, § 42, Anm. 2 a, bb; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 43, Rn. 8, 9; OVG des Saarlandes, AS 10, S. 82 (84); Krebs, VerwArch 1977, S. 189; Kopp, VwGO, § 43, Anm. 2; Stahl, NJW 1972, S. 2030 f.

2 Vgl. Tsatsos, Organstreit, S. 11; Hoppe, Organstreit, S. 33; Kisker, Insichprozeß, S. 23 ff.; Heermann, Gemeinderatsbeschluß, S. 50 f.

sondere im Urteil des Gerichtes vom 17. Dezember 1976¹ zum Ausdruck, wo es herausstellt, daß in dem speziellen Fall ein Rückgriff auf das Kommunalverfassungsstreitverfahren als Klageart nicht notwendig sei, da die Feststellungsklage zum Zuge komme².

Würde man in diesem Fall der erstgenannten Definition folgen, handelt es sich um ein Kommunalverfassungsstreitverfahren mit einem Feststellungsantrag³.

Die erstgenannte, überwiegend gebräuchliche Begriffsbestimmung soll bei den weiteren Ausführungen zugrunde gelegt werden.

2. Das Kommunalverfassungsrecht

Um dem Kommunalverfassungsstreitverfahren inhaltlich näher zu kommen und im Anschluß daran die Frage zu erörtern, ob und inwieweit die Ausschüsse, ihre Teile und die einzelnen Mitglieder an einem solchen Verfahren teilnehmen können, bedarf es vorab einiger weiterer Begriffserklärungen.

Unter dem Begriff der Kommunalverfassung ist die Gesamtheit der Normen zu fassen, die den Rechts-

1 DVBl 1978, S. 150 ff.

2 OVG Münster, DVBl 1978, S. 151; vgl. auch die Anm. von Pottmeyer zu diesem Urteil in JA 1977, 470.

3 Vgl. z.B. die Überschrift des Aufsatzes von Stahl in NJW 1972, S. 2030: "Die Zulässigkeit der Feststellungsklage im Kommunalverfassungsstreitverfahren".

charakter und das Gebiet der kommunalen Körperschaften, ihre Stellung im Staat sowie die Rechte und Pflichten dieser Körperschaften, ihrer Mitglieder und Organe, bzw. deren Bildung und Zusammensetzung betrifft¹.

Mit dieser Definition ist sowohl der Bereich des äußeren Kommunalverfassungsrechts als auch der innere Rechtsbereich umfaßt. Eine Begriffserklärung, die sich auf den hier zu untersuchenden innerorganisatorischen Rechtsbereich bezieht, ist im Anschluß an PAGENKOPF² zu geben:

Die innere Kommunalverfassung umfaßt die Gesamtheit der Normen, die sich über die innere Organisation der Gemeinden verhalten und sich auf die Arten und auf die Aufgaben der verschiedenen Gemeindeorgane, ihre Bildung und Zusammensetzung, ihr Verhältnis zueinander und ihre Zuständigkeit für die kommunale Willensbildung beziehen.

Die diesen Rechtskomplex betreffenden Streitigkeiten - unter Beteiligung der Gemeindeorgane ihrer Teile oder einzelnen Mitglieder - werden allgemein als Kommunalverfassungsstreitigkeiten bezeichnet³.

1 Vgl. Zuhorn/Hoppe, Gemeinde-Verfassung, S. 19
Walz, HKWP I, S. 235 f.; Borchmann/Vesper, Reformprobleme, S. 15.

2 Kommunalrecht Bd. 1, § 20, I.

3 Vgl. z.B. Bleutge, KVS, S. 25; Schunck/De Clerck, VwGO, § 40, Anm. 2 a, cc; OVG Münster, AS 27, S. 258; weiter siehe oben D. I. 1.

Die solcherart grobe Erfassung soll an dieser Stelle ausreichen; ein näheres Eingehen auf die Frage, welche Rechtssätze in formeller und materieller Hinsicht Bestandteile des inneren Kommunalverfassungsrechts sein können, wird an späterer Stelle zu erfolgen haben, wenn es um die Existenz subjektiver Rechte in diesem Innenbereich geht¹.

3. Der Organbegriff

Diese vorausgegangene, abbreviatorische Beschreibung des Kommunalverfassungsstreitverfahrens erfolgte unter Verwendung des Organbegriffes.

Um für die folgenden Untersuchungen terminologische Klarheit und dogmatische Grundlagen zu schaffen, bedarf es eines genaueren Eingehens auf diesen Begriff, wobei es sich jedoch im folgenden nicht um eine umfassende Darstellung der Organisationsrechtslehre handeln kann.

Die rechtswissenschaftliche Bedeutung des Begriffes "Organ" liegt in der Kennzeichnung der Vertretung juristischer Personen².

Hierunter wird teilweise eine Person oder eine Personenmehrheit gefaßt, die bestimmte Funktionen versieht, die ihr zugewiesen sind³, teilweise eine

1 Siehe unter D. II. 2., b), dd), (2).

2 Vgl. statt aller: G. Jellinek, System, S. 213; sowie Dreier, in: Ev. Staatslexikon, Spalte 1700.

3 Vgl. Gierke, Privatrecht, S. 472; ders., Genossenschaftstheorie, S. 608; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 223, insbesondere Fußnote 1.

abstrakte, künstlich geschaffene Zuständigkeits-einheit, die unabhängig von den Personen existiert, welche diese Funktionen - physisch - auszufüllen haben¹.

Allgemein Eingang gefunden in die Rechtsprechung² und Lehre³ haben die Untersuchungen von HANS J. WOLFF, welcher damit bisher weitgehend unverrückte Marksteine gesetzt hat⁴.

Die Tatsache, daß das WOLFF'sche System allenthalben zur Grundlage weiterer Erörterungen gemacht ist, soll Anlaß genug sein, dessen scharfe Begriffssystematik auch hier, schon aus Gründen der Rechtsklarheit, zugrunde zu legen⁵.

a) Organ und Organwalter

Die Tatsache, daß zwischen dem personellen Element einerseits und dem normativen, den Inbegriff von Zuständigkeiten enthaltenen Moment andererseits zu

-
- 1 Vgl. Jerusalem, Staatsgerichtsbarkeit, S. 59; während G. Jellinek, ohne die Differenzierung streng durchzuhalten, zwischen Organ und "Organwalter" erst in Ansätzen unterscheidet - vgl. System, S. 231 einerseits, a.a.O., S. 224 andererseits -, hat W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 359 - insoweit konstant unterschieden; vgl. weiter: Thoma, HDStR Bd. II, S. 611; für den kommunalrechtlichen Bereich z.B. Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 159.
 - 2 Vgl. OVG des Saarlandes, AS 9, S. 135; dass., AS 10, S. 85; OVG Münster, AS 27, S. 259; OVG Lüneburg, AS 19, S. 338.
 - 3 Vgl. z.B. Bleutge, KVS, S. 39; Hoppe, Organstreit, S. 168 ff.; Bonk, Diss., S. 11 ff.; Kiock, Diss., S. 30.
 - 4 Entwickelt in: Organschaft und juristische Personen, Bd. II - Theorie der Vertretung -; zusammengefaßt jetzt in: VerwR Bd. II, §§ 71-78.
 - 5 Zur Funktion und Dogmatik des Organisationsrechts vgl. die zusammenfassende Darstellung von Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 90 ff.; dens., Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 275 ff. passim, insbesondere S. 279 ff.; sowie Hoppe, Organstreit, S. 99 ff.

unterscheiden ist, hat WOLFF prägnant dargestellt. Nach Auseinandersetzung mit der bis dahin verwirrenden Terminologie¹ bezieht er den Begriff "Organ" auf die Zuständigkeitsinstitution, während die Person oder die Personenmehrheit, welche die in den Zuständigkeitsbereich fallenden Aufgaben wahrzunehmen hat, von ihm als "Organwalter" bezeichnet wird².

Hieraus ergibt sich, daß das Organ als Wahrnehmungszuständigkeitsinstitution oder -komplex völlig unabhängig davon existiert, ob die diesem zukommenden Funktionen präsent ausgeführt werden können, d.h., die entsprechende personelle Besetzung vorhanden ist³.

Die Kompetenzen z.B. des Gemeindedirektors bestehen auch dann, wenn ein Hauptverwaltungsbeamter als Walter dieses Kompetenzkomplexes nicht vorhanden ist, z.B., weil dessen Wahlzeit abgelaufen ist und eine Neuwahl noch nicht stattgefunden hat. In diesem Falle hat der Stellvertreter die Funktion auszuüben, ohne daß dieser Tatsache im organisationsrechtlichen Sinne Bedeutung zukäme⁴.

1 Wolff, Organschaft und juristische Person Bd. II - Theorie der Vertretung -, S. 228 ff.

2 Wolff, a.a.O., S. 228 f.; ders., später auch, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 74 I e.

3 Vgl. das Beispiel bei Wolff, Organschaft und juristische Person Bd. II, S. 236, Fußnote 1; weiter: Dreier, Ev. Staatslexikon, Sp. 1701.

4 Vgl. RGZ 32, S. 366.

Als institutionelles Subjekt von Zuständigkeiten ist das Organ unabhängig von der Individualität und vom Wechsel seiner Walter¹.

b) Organschaft im innerorganisatorischen Bereich?

Das Organ stellt nach WOLFF also ein künstliches Subjekt dar, welches durch organisatorische Rechts-sätze gebildet wird². Es ist nicht selbst juristische Person, sein Handeln wird vielmehr einer solchen zugeordnet³.

Die Relativität dieser Organschaft, d.h., "seine Bezogenheit auf die für die Subjektivierung des Organs maßgebliche Teilrechtsordnung"⁴ hat WOLFF selbst betont.

Die Organqualität ist nicht ein für allemal, d.h., im Verhältnis zu allen anderen Rechtssubjekten gegeben⁵. Organe, vor allem solche mit kollegialer Organwalterbesetzung, zeichnen sich dadurch aus, daß sie Organteile haben⁶, welche hinsichtlich bestimmter Zuständigkeiten eigenständig und somit wiederum Organe sein können⁷. Eine Institution kann in einer Relation also Organ, in einer anderen Organteil sein,

1 Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 74 I, f, 6; Schnapp, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 281.

2 Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 73, I, c, 3 unterscheidet das Amt vom Organ dadurch, daß der Zuständigkeitskomplex auf die Wahrnehmung durch einen Menschen zugeschnitten ist. Das Amt kann deshalb gleichzeitig Organ sein, ist in der Regel jedoch unselbständige Untergliederung eines Organs.

3 Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 74, I, f.

4 Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 74, I, f, 6.

5 Vgl. Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 94.

6 Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 74, I, f, 6; § 75, I, e, 1.

7 Vgl. Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 171; siehe dazu die bei Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 74, I, f, 6 angegebenen Beispiele.

während sie in einer dritten jeder Organschaft entbehrt¹.

Die angesprochene Relativität der Organschaft ist auch im hier zu untersuchenden innerorganisatorischen Rechtskreis von Bedeutung. Die transitorische Natur der Wahrnehmungszuständigkeiten als Essential der Organschaft, führt dazu, daß sich von dieser Konstruktionsbasis aus der Innenbereich, d.h. das Verhältnis der Funktionssubjekte zueinander nicht sachgerecht erfassen läßt².

Nach WOLFF ist Organschaft per definitionem nur dort gegeben, wo es sich "um die Beziehung der juristischen Person zu außerhalb ihrer selbst stehenden Rechtssubjekte handelt"³.

Dieses bedeutet, daß die Organschaft dort hinfällig ist, wo es um die Frage der eigenen Befugnisse des Funktionssubjektes im Verhältnis zu einem anderen Funktionssubjekt geht⁴. Dieses führt dazu, daß die WOLFF'sche Organlehre für den hier zu untersuchenden innerorganisatorischen Bereich im wesentlichen nur insoweit zu verwenden ist, als auch hier die strenge Trennung zwischen dem Zuständigkeitskomplex und der diesen ausfüllenden Person oder Personenmehrheit ihre Bedeutung behält.

1 Vgl. Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 94 f., insbesondere das Beispiel auf S. 95; ders., Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 284; weiter: Böckenförde, Organ, Organisation, juristische Person, S. 282 f.

2 Böckenförde, Organ, Organisation, juristische Person, S. 277 ff.; Ewald, DVB1 1970, S. 241; Schnapp, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 285.

3 Hierzu: Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 97; Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 52.

4 Vgl. auch: Rupp, Grundfragen, S. 89; Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 97; ders., Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 285.

Der Organbegriff ist, aufgrund der sich hiermit im Anschluß an WOLFF fest verbindenden Vorstellungen, bei der Untersuchung der innerorganisatorischen Beziehungen der Funktionssubjekte zueinander nicht zu verwenden¹.

Der umfassendere, vorstehend bereits eingeführte Begriff "Funktionssubjekt" soll im folgenden als Umschreibung für die institutionalisierten Zuständigkeitskomplexe des innerorganisatorischen kommunalen Bereichs dienen.

4. Zusammenfassung

Die Bedeutung der Ratsausschüsse im kommunalen Selbstverwaltungsbereich zieht die Auseinandersetzung mit der Frage nach sich, inwieweit die Ausschüsse, ihre Teile und Mitglieder in der Lage sind, ihre Befugnisse unter Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zu schützen.

1 Der Organbegriff von WOLFF, zusammen mit der o.g. herkömmlichen Definition des Kommunalverfassungsverfahren - siehe oben D. I. - ist für Bleutge, KVS, S. 41, 53 ff., sowie für Klock, Diss., S. 28, Anlaß, alle möglichen innerorganisatorischen Funktionssubjekte auf ihre Organ- bzw. Organteilseigenschaft zu überprüfen, um hieraus die Frage zu beantworten, ob diese überhaupt als Beteiligte eines Kommunalverfassungsverfahren in Betracht zu ziehen sind. Eine solche Überprüfung erfolgt nicht im Rahmen der Beteiligtenfähigkeit, sondern soll dem eigentlichen Prüfungsschema vorgeschaltet sein. Es ist nicht zu erkennen, woher die genannten Autoren die gesetzliche oder dogmatische Legitimation für die Einführung dieses Kriteriums nehmen. Hier steht vielmehr zu vermuten, daß die typisierende Zusammenfassung verschiedener Verfahren unter dem Begriff "Kommunalverfassungsverfahren" zusammen mit dem o.g. WOLFF'schen Organbegriff sich derart ver selbstständigt hat, daß hieraus eine - falsche - Voraussetzung für die Zulässigkeit des Kommunalverfassungsverfahren wurde. Vgl. hierzu Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 210/211: "Für die Parteifähigkeit kommt es auch nicht auf das Vorliegen oder Fehlen der Organeigenschaft an, sondern allein auf die Gewährung eigener Rechte und Pflichten".

Die diesen innerkommunalverfassungsrechtlichen Bereich betreffenden Streitigkeiten werden herkömmlicher Weise als "Kommunalverfassungsstreitigkeiten" bezeichnet.

Die Definition dieses (verwaltungs-)gerichtlichen Verfahrens erfolgt hinsichtlich der Streitparteien unter Zugrundelegung des Organbegriffs. Das Organ wird, im Anschluß an WOLFF, allgemein im normativen Sinne als Subjekt transitorischer Wahrnehmungszuständigkeiten begriffen.

Die reale, die Zuständigkeiten ausführende Person oder Personenmehrheit wird als Organwalter bezeichnet.

Die Organschaft ist relativ, d.h. jeweils bezogen auf die für die Subjektivierung des Organs maßgebliche Teilrechtsordnung. Die Relativität, verbunden mit der transitorischen Natur der Wahrnehmungszuständigkeit als Essential des WOLFF'schen Organbegriffs, führt dazu, daß ein Organ nur in bezug auf die allgemeine (Außen-) Rechtsordnung existiert. Im Innenrechtsbereich ist der WOLFF'sche Organbegriff nicht anwendbar, da es dort nicht um die transitorische Wahrnehmungszuständigkeit geht, sondern um die Frage der eigenen Befugnisse der institutionalisierten Zuständigkeitskomplexe.

Diese sind, aus Gründen der Rechtsklarheit, als "Funktionssubjekte" zu bezeichnen.

II. Das Kommunalverfassungsstreitverfahren unter Beteiligung der kommunalen Ausschüsse, ihrer Teile und einzelnen Mitglieder

1. Das Kommunalverfassungsstreitverfahren im System der VwGO

Wie bereits herausgestellt¹, kommt der Typisierung der hier in Betracht kommenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren als "Kommunalverfassungsstreitverfahren" lediglich deskriptiver Charakter zu; besondere prozessuale Voraussetzungen sind hieran nicht zu knüpfen.

Die Frage der gerichtlichen Austragbarkeit von Streitigkeiten des innerkommunalverfassungsrechtlichen Bereichs ist, ausgehend von der im Anschluß zu belegenden Voraussetzung, daß es sich um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten handelt, anhand der vorgegebenen prozeßrechtlichen Vorschriften der VwGO zu beantworten². Das häufig, vor allem die Rechtsprechung, diese Einbindung in das prozessuale System der VwGO vernachlässigt, wird im folgenden noch deutlich zu Tage treten³.

1 Siehe oben D. I.

2 Vgl. auch den Titel der Untersuchung von Kiock: "Die Kommunalverfassungsstreitigkeiten und ihre Eingliederung in die Verwaltungsgerichtsordnung".

3 Vgl. als Beispiel hierzu das Urteil des VG Münster vom 25. Februar 1964 - 2 K 259/65 - in welchem von einem "rechtspolitischen Bedürfnis" die Rede ist.

2. Die Zulässigkeit des Kommunalverfassungsstreitverfahrens als verwaltungsgerichtliche Klage

a) Der Rechtsweg

Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges beurteilte sich bis 1945 überwiegend nach dem bis dato gesetzlich festgelegten Enumerationsprinzip¹; Klagen waren gegen einen Verwaltungsakt nur dann möglich, wenn in dem speziellen Gesetz zugelassen.

Die nach Ende des Krieges erlassenen Verwaltungsgerichtsgesetze regelten², ebenso wie dieses die VwGO vom 21. Januar 1960 tut, die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges in einer Generalklausel - jetzt: § 40 VwGO.

Diese Vorschrift eröffnet, ohne Beschränkung auf bestimmte Klagearten³, den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art, soweit nicht durch sondergesetzliche Regelung eine Zuweisung zu anderen Gerichten stattgefunden hat⁴.

Eine Streitigkeit gehört dem öffentlichen Recht an, wenn der Streitgegenstand eine unmittelbare Folge des öffentlichen Rechtes ist⁵.

1 Schunck/De Clerck, VwGO, § 40, Anm. 1. a; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 24.

2 Vgl. z.B. § 22 Abs. 1 VGG - für Bayern, Bremen, Hessen und Baden-Württemberg -; § 22 Abs. 1 VO Nr. 165; §§ 15, 16 VGG Rheinland-Pfalz.

3 Vgl. z.B. Frotscher, DÖV 1971, S. 259 ff.

4 Vgl. Redeker/von Oertzen, VwGO, § 40, Anm. 1; Schunck/De Clerck, VwGO, § 40, Anm. 1 b; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 26.

5 Vgl. statt aller: Eyermann/Fröhler, VwGO, § 40, Rdn. 1, m.w.N.

Bei den hier zu untersuchenden innerorganisatorischen Streitigkeiten steht die Rechtmäßigkeit des Handelns von kommunalen Funktionssubjekten im Streit. Die Grundlage des zu beurteilenden Handelns ist das kommunale Verfassungsrecht¹, wobei dahinstehen kann, ob die direkte Ableitung im Einzelfall in der Gemeindeordnung, im gemeindlichen Satzungs- oder Geschäftsordnungsrecht zu suchen ist; die materielle Gesetzesgrundlage entstammt dem Bereich des öffentlichen Rechts. Die entsprechenden Vorschriften berechtigen und verpflichten nicht jedermann, sondern sind spezifisch den Gemeinden sowie deren innerorganisatorischen Funktionssubjekten zugeordnet².

Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur unterfallen nur die Rechtsbeziehungen zwischen den Verfassungsorganen des Bundes und der Länder der Verfassungsgerichtsbarkeit³.

Was sich relativ, auf gemeindlicher Ebene, als (Kommunal-)Verfassungsrecht darstellt, bleibt absolut, im gesamtgesetzlichen Gefüge gesehen, die legislative Festschreibung von Verwaltungstätigkeit⁴

1 Siehe dazu oben D. I. 2.; Vgl. Stober, JA 1974, S. 46.

2 Zuordnungs- oder Subjektstheorie - vgl. Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. I, § 22 II, c; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 8; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 34 f.

3 Vgl. Stober, JA 1974, S. 47 mit zahlr. w.N.; dazu weiter: Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, S. 95 ff., 120 ff.; Bleutge, KVS, S. 113 m.w.N.

4 Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 362.

in Ausfüllung des durch Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsmäßig garantierten Selbstverwaltungsrechts¹.

Eine anderweitige Rechtswegzuweisung für die genannten Streitigkeiten ist nicht gegeben².

Beschränkt man, wie die Rechtsprechung und herrschende Lehre die Bedeutung und Funktion der Generalklausel des § 40 VwGO auf die Abgrenzung der einzelnen Gerichtszweige zueinander³, so ist die Frage nach dem Rechtsweg beantwortet: Er führt zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten.

Ergänzend ist insoweit noch anzufügen, daß es sich bei allen möglichen im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreitverfahrens zur Entscheidung gestellten Streitsachverhalten nicht um sogenannte gerichtsfreie Hoheitsakte⁴ handeln kann.

Wäre dieses der Fall, so müßte nach einem Teil der in der Literatur vertretenen Meinungen⁵ bereits die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen

1 Vgl. weiter hierzu und insbesondere auch kritisch zu dem in diesem Zusammenhang verwechslungsträchtigen Begriff des Kommunalverfassungsstreitverfahrens Bethge, Die Verw. Bd. 8 (1975), S. 466 f.

2 Stober, JA 1974, S. 47.

3 Vgl. Schunck/De Clerck, VwGO, § 40, Anm. 1, b; Mörtel, Auswirkung der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, S. 141 f., 159 f.; Menger, VerwArch. Bd. 50, S. 79 f.; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 40, Anm 1.

4 Zu dieser herkömmlichen Bezeichnung vgl. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 27; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 23 f. m.w.N.; Schmelter, Rechtsschutz, S. 134 m.w.N.

5 Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 5, III; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 22 f.; Stern, Verwaltungsproz. Probl., S. 27; Frotscher, DÖV 1971, S. 261.

Klage im Rahmen der Frage der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte verneint werden, da es sich um keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln würde.

Dieser Problemkreis bedarf im Rahmen der vorliegenden Untersuchung jedoch keiner weiteren Erörterung, weder insoweit, als sich die Frage stellt, ob es überhaupt sogenannte justizfreie Hoheitsakte geben kann¹, noch insoweit, als es um die Einordnung dieser Frage in das Prüfungsschema einer möglichen verwaltungsgerichtlichen Klage geht².

Gnadenakte sind auf kommunaler Ebene nicht vorstellbar, so daß insoweit Streitigkeiten ohnehin ausscheiden. Ebenso verhält es sich mit sogenannten Regierungsakten, als Ausfluß der auf den Staat insgesamt bezogenen staatsleitenden Tätigkeit³.

Die Diskussion um eine Erweiterung des - an sich schon umstrittenen - Bereiches des "justizfreien Hoheitsaktes"⁴ auf "parteipolitische Entscheidungen"⁵ muß schon im Ansatz als fehlgeleitet angesehen werden.

1 Vgl. zu diesen Fragen die Ausführungen von Stern, Verwaltungsproz.Probl., S. 27 f.; OVG Münster, JuS 1967, S. 182; BVerwG E 15, S. 63.

2 Vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 23 m.w.N. Dieser räumt ein, daß im System der VwGO die Frage nach der Verletzung eines Rechtes im Rahmen der Zulässigkeit einer Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zu prüfen ist. Vgl. auch: Frotscher, DÖV 1971, S. 261.

3 Vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 24.

4 Vgl. hierzu OVG Münster, JuS 1967, S. 182.

5 Vgl. Kiock, Diss., S. 11 f.

Der Rechtsweg¹ kann nicht deshalb ausgeschlossen sein, weil eine Entscheidung auf politische Erwägungen zurückzuführen ist, was letztlich im innerorganisatorischen Bereich der Kommunen nahezu immer der Fall sein wird. Relevant ist das faßbare Ergebnis, die Entscheidung zur Regelung eines Sachverhaltes. Diese ist immer auch rechtlicher Natur, unabhängig von der - möglicherweise - dahinter stehenden politischen Motivation. Diese Entscheidung muß in den Rahmen der formellen und materiellen Gesetze gestellt werden und an diesen auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden².

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung will BLEUTGE³ im Anschluß an MÖRTEL⁴ die Prüfung der Generalklausel des § 40 VwGO durch die Problematisierung des Begriffes der "Streitigkeit" ausdehnen.

Definiert man diesen Begriff als den "Streit um geltend gemachtes und bestrittenes Recht"⁵, so führt dieses, in sich logisch, zu der Frage, ob in einem zu prüfenden Verfahren tatsächlich subjektive Rechte geltend gemacht und bestritten werden.

Eine solche Prüfung mißt der Vorschrift des § 40 VwGO materiell-rechtlichen Charakter bei. Die axiomatische Voranstellung der TRIEPEL'schen Definition eines Streitigkeitsbegriffes kann jedoch nicht hingenommen werden.

1 Und damit letztlich der Rechtsschutz.

2 Im Ergebnis ebenso: Kloock, Diss., S. 13.

3 KVS, S. 62.

4 Auswirkung der veränderten Generalklausel, S. 159 f.

5 Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S. 15.

Diese Begriffsbestimmung bezieht sich auf die "Verfassungsstreitigkeiten" im Sinne des Art. 19 der WRV¹, worauf in den angezogenen Passagen ausdrücklich hingewiesen ist.

Es ist keineswegs zwingend, weder nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 40 Abs. 1 VwGO, noch aufgrund deren gesetzssystematischer Einordnung in die VwGO, die begriffliche Abgrenzung von TRIEPEL auf den Bereich des Verwaltungsprozeßrechtes zu übertragen.

Der früher bestehende unmittelbare Zusammenhang zwischen Generalklausel und der Frage nach dem Recht bzw. der Rechtsverletzung² besteht ausdrücklich nicht mehr³. Die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges und diejenige nach dem Vorliegen bestimmter Klagearten, die die Behauptung einer Rechtsverletzung⁴ (§ 42 Abs. 2 VwGO) oder eines Rechtsverhältnisses (§ 43 Abs. 1 VwGO) voraussetzen, ist auseinander zu halten⁵.

Die Untersuchung im Rahmen des § 40 Abs. 1 VwGO, ob vom Kläger ein Recht in Anspruch genommen wird,

1 Triepel, a.a.O., S. 14 f.

2 Z.B. § 15 VGG Rheinland-Pfalz.

3 Mörtel, a.a.O., S. 159.

4 Sog. Behauptungstheorie - vgl. OVG Münster, AS 27, S. 265; Schnapp, DVBl 70, S. 291 ff. Daneben: "Schlüssigkeitstheorie" - Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 33 Abs. 2; "Möglichkeitstheorie" - BVerwG, st. Rspr., z.B. BVerwG E 18, S. 157; 36, S. 199/200; 44, S. 3. Im Ergebnis decken sich die Ansichten, als zu fragen ist, ob eine Verletzung klägerischer Rechte "nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder denkbaren Betrachtungsweise unmöglich erscheint." - vgl. BVerwG E 18, S. 157.

5 Menger, VerwArch 50 (1959), S. 79.

welches der Beklagte bestreitet, wäre praktisch identisch mit der genannten Frage der Rechtsbeauptung bzw. des geltend gemachten Rechtsverhältnisses.

Eine solche Doppelprüfung muß sinnlos erscheinen.

Rechtsprechung und Literatur haben diese deshalb - richtigerweise - bisher auch nicht näher in Erwägung gezogen. Darüber hinaus läßt sich schon die Allgemeingültigkeit der Definition von TRIEPEL aus dem Zusammenhang der grundgesetzlichen Normen in Zweifel ziehen: Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG spricht von "Streitigkeiten über den Umfang von Rechten und Pflichten...". Die TRIEPEL'sche Begriffsbestimmung muß diese gesetzliche Formulierung als Tautologie erscheinen lassen, da nach seiner Ansicht eine "Streitigkeit" immer nur über Rechte bzw. - als deren mögliche Kehrseite - Pflichten geführt werden können.

Wesentlich näher liegt es, die Bedeutung des Begriffes Streitigkeiten - im Gegensatz zu den "Meinungsverschiedenheiten" in Art. 93 Abs. 1, Nr. 2 und 3 GG - als speziellen Hinweis auf den kontradiktorischen Charakter dieses Verfahrens zu werten¹.

Als weiteres gravierendes Argument gegen die BLEUTGE'sche Ansicht tritt hinzu, daß die Verneinung des Vorliegens einer "Streitigkeit" in dessen Sinne dazu führen würde, daß es ein zuständiges Gericht nicht gäbe, da auch vor den ordentlichen Gerichten gem.

¹ Vgl. Lechner, BVerfGG, S. 91; wohl auch BVerfG E 2, S 143 (156).

§ 13 GVG nur "Rechtsstreitigkeiten" ausgetragen werden können. Eine somit mögliche Verneinung jeglicher Rechtsschutzmöglichkeit stünde aber in kräftigem Widerspruch zu der sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Gesetzesgebundenheit der vollziehenden Gewalt; kontrollfreie Räume öffentlicher Tätigkeit, abgesehen - möglicherweise - von den o.g. sogenannten gerichtsfreien Hoheitsakten, können nicht mehr existieren¹.

Es bleibt also bei dem obigen Ergebnis: Der Rechtsweg zur Austragung der sogenannten Kommunalverfassungsstreitigkeiten ist zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten gegeben.

b) Die Beteiligtenfähigkeit

Im Anschluß an die Feststellung, daß für die Kommunalverfassungsstreitigkeiten der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist, gilt es, die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen, nunmehr insbesondere in bezug auf die verschiedenen kommunalen Ausschüsse, ihre jeweiligen Teile und einzelnen Mitglieder zu untersuchen.

In § 61 VwGO ist die Beteiligtenfähigkeit geregelt, d.h., die Fähigkeit, als Kläger, Beklagter oder Beigeladener am verwaltungsgerichtlichen Verfahren teilzunehmen².

1 Vgl. BGH, VerwRspr. 13, S. 906; Menger/Erichsen, VerwArch Bd. 57 (1966), S. 72.

2 Die Frage, inwieweit sich diese Vorschrift sinnvollerweise auch auf den Oberbundesanwalt oder den Vertreter des öffentlichen Interesses bezieht - § 63 Nr. 4 VwGO - soll hier nicht diskutiert werden; kann wohl überhaupt auf sich beruhen, da insoweit ein Problem kaum vorstellbar ist.

Die Beteiligtenfähigkeit¹ stellt quasi die prozessuale Rechtsfähigkeit dar².

Im zivilprozessualen Bereich ist dieses ausdrücklich gesetzlich festgelegt: Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist (§ 50 Abs. 1 ZPO). Für den Verwaltungsprozeß ist diese Rechtsfähigkeit, wie sich aus § 61 Nr. 1 VwGO ergibt, ebenfalls Ausgangspunkt für die Beteiligtenfähigkeit gewesen. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in § 61 Nr. 2 und 3 VwGO die Fähigkeit der Beteiligung am Verfahren erweitert³.

aa) § 61 Nr. 1 VwGO

Aufgrund dieser Vorschrift wären die kommunalen Funktionssubjekte beteiligtenfähig, wenn es sich hierbei um natürliche oder juristische Personen handeln würde.

Gleichgültig jedoch, ob es sich um individual oder kollegial besetzte Funktionssubjekte, um Teile der letzteren oder deren einzelne Mitglieder handelt, in ihrer Funktionsträgerschaft im kommunalverfassungsrechtlichen innerorganisatorischen Bereich scheidet eine Beteiligtenfähigkeit als natürliche oder juristische Person aus. Da die einzelnen Funktionssub-

1 Die Überschrift "Parteifähigkeit" von Eyermann/Fröhler zu § 61 VwGO ist zu eng, da sich diese Vorschrift - zumindest - auch auf den Beigeladenen nach § 63 Nr. 3, § 65 VwGO bezieht.

2 Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 95; Bonk, Diss., S. 56; hierauf wird im weiteren noch näher einzugehen sein.

3 Ähnlich wie in § 50 Abs. 2 ZPO.

jekte zwar Teile einer juristischen Person, der Kommune als Gebietskörperschaft, sind, nicht jedoch selbst juristische Personen darstellen¹, bedarf es insoweit keiner weiteren Erörterungen.

Aber auch als natürliche Person im Sinne des § 61 Nr. 1 VwGO ist eine Beteiligung eines (Individual-) Funktionssubjektes nicht denkbar. Hierdurch würde die überwundene Identifizierung von Zuständigkeitskomplex und ausführender realer Person im prozessualen Bereich wieder eingeführt².

Dieses wird übersehen, soweit Rechtsprechung³ und Literatur⁴ die Beteiligtenfähigkeit eines Individualfunktionssubjektes über § 61 Nr. 1 VwGO annehmen wollen⁵.

Unabhängig davon, ob eine einzelne Person oder aber eine Personenmehrheit die Aufgaben wahrnimmt, die einem bestimmten institutionalisierten Zuständigkeitskomplex zugeordnet sind, dieses geschieht nicht in einer Ebene, die der Rechtspersönlichkeit der na-

1 Vgl. z.B. Ewald, DVBl 1972, S. 239.

2 Vgl. Wolff, Organschaft und juristische Person, S. 228 f.

3 OVG Rheinland-Pfalz, AS 9, S. 335 (342); ähnlich: 24, S. 245 (249); vgl. weiter das Schiedsgerichtsurteil vom 21. Mai 1973, DÖV 1973, S. 854; VG Münster, Urteil vom 1. März 1977 - 2 K 652/76 - S. 10 a.E.

4 Schmitz, SKV 1962, S. 72; Knöppel, Diss., S. 163, Kiock, Diss., S. 68 f. unterscheidet zwischen "monokratischen" Organen - gemeint sind, entsprechend der WOLFF'schen Terminologie, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 75 II, a) wohl "monistische" Organe - deren Beteiligtenfähigkeit gem. § 61 Nr. 1 VwGO er abgelehnt und den einzelnen Ratsmitgliedern, die als natürliche Personen nach dieser Vorschrift am Verfahren beteiligtenfähig sein sollen.

5 Wie hier: Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 472; Tsatsos, Organstreit, S. 34 f.; Ewald, DVBl 1970, S. 239.

türlichen Person(en) zugehörig ist, sondern in der Ebene einer - möglichen - funktionssubjektiven Rechtspersönlichkeit¹. Die Parallele findet sich im (staats-)verfassungsrechtlichen Bereich: Ein Abgeordneter, der aus dieser Stellung heraus seine "Rechte" (Kompetenzen) geltend machen will, ist auf den Weg des Organstreitverfahrens gem. § 63 BVerfGG verwiesen, ein Verfahren also, welches dem Rechtsschutz der institutionellen Sphäre der Staatsorgane dient². Der Verfassungsbeschwerdeweg ist ihm verschlossen³.

Die aufgezeigte Notwendigkeit, zwischen Funktionssubjekt und Walter scharf zu differenzieren, ergibt sich - um an dieser Stelle noch einmal darauf hinzuweisen - aus dem Gedanken, daß die Zuordnung der Funktionen an die Person desjenigen, welcher diese Funktionen ausübt, die Kontinuität des Staates unterbrechen würde⁴.

Dieses gilt für das einzelne Rats- bzw. Ausschußmitglied ebenso wie für die übrigen Funktionssubjekte⁵.

1 Bleutge, KVS, S. 136 mit Fußnote 1.

2 Goessl, Organstreitigkeiten, S. 126 f., 226 f.; BVerfG E 2, S. 143, insbesondere S. 152; 4, S. 27 (Vorlagebeschluß); 6, S. 445 (447).

3 Siehe hierzu: Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 210/211.

4 Im Anschluß an G. Jellinek, System, S. 562.

5 Kisker, Insichprozeß, S. 19 ff. weist im Hinblick auf das Kommunalverfassungsstreitverfahren zutreffend darauf hin, daß Vorschriften wie Art. 38 Abs. 1 GG und die entsprechenden Bestimmungen in den Gemeindeordnungen dazu zwingen, die Gemeindevertreter (und Fraktionen) insoweit eben nicht als natürliche Personen oder Vertreter ihrer Wähler bzw. der politischen Parteien anzusehen, sondern als Funktionsträger im institutionell-organischen Bereich der kommunalen Selbstverwaltung.

Eine Beteiligtenfähigkeit gem. § 61 Nr. 1 VwGO der innerorganisatorischen (Individual-)Funktionssubjekte, also auch der einzelnen Ausschußmitglieder, ist somit ausgeschlossen¹.

bb) § 61 Nr. 2 VwGO

Die strikte Trennung zwischen Funktionssubjekt und Walter läßt auch die direkte Anwendbarkeit der Vorschrift des § 61 Nr. 2 VwGO fraglich erscheinen.

Die Selbstverständlichkeit, mit der Teile von Literatur und Rechtsprechung diese Norm zu Bejahung der Beteiligtenfähigkeit kollegial besetzter Kommunalorgan(teil)e anziehen wollen - soweit sie hierauf überhaupt eingehen - läßt diese notwendige Differenzierung zwischen personeller und institutioneller Ebene außer Betracht².

Es findet sich in der Regel nicht einmal eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik³.

1 Ebenso: Bleutge, KVS, S. 136 f. m. Fußnote 1; Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 472; Tsatsos, Organstreit, S. 34 f.; Ewald, DVBl 1970, S. 239; Hoppe, DVBl 1970, S. 849; ders., Organstreitigkeiten, S. 212; Stober, JA 1974, S. 116; Dagtoglou, Kollegialorgane, S. 78 ff., der die Beteiligtenfähigkeit im innerorganisatorischen Streitverfahren eingehend problematisiert und an diesem Kriterium, mangels Rechtspersönlichkeit der Funktionssubjekte, die Zulässigkeit des Verfahrens scheitern läßt; weiter hierzu: Thoma, HDStR, S. 614.

2 So z.B. Bleutge, KVS, S. 134; Tsatsos, Organstreit, S. 38; Schmitz, SKV 1962, S. 72; Bonk, Diss., S. 62; Knöppel, Diss., S. 163; Hoffmann-Becking, DVBl 1972, S. 300; OVG Münster, AS 17, S. 261 (265).

3 Das OVG Münster, a.a.O., fügt z.B. die Vorschrift lediglich als Klammerzusatz an.

Dieses verwundert umsomehr, als allenthalben die Trennung zwischen institutioneller und personeller Sphäre nachvollzogen wird und dieses weitgehend im prozessualen Bereich in der bereits genannten Weise ihren Niederschlag gefunden hat, daß individual besetzte Funktionssubjekte nicht über § 61 Nr. 1 VwGO am Verwaltungsprozeß beteiligt sein können¹.

Der Umstand, daß die einem solchen Funktionssubjekt zugeordneten Aufgaben von mehreren Personen wahrgenommen werden, kann nicht dazu führen, daß nunmehr bei der Frage nach der Beteiligtenfähigkeit des Subjektes doch auf die personelle Sphäre abgestellt wird. Die die Funktion ausführenden Personen haben das Subjekt, dem sie zugeordnet sind, weder gegründet noch bilden sie dieses, es wird lediglich ausgefüllt, der Zweck verwirklicht, ohne Einfluß auf den Bestand¹.

Eine "Vereinigung" im Sinne des § 61 Nr. 2 VwGO liegt nicht vor²; dem beteiligten Funktionssubjekt kann immer nur singulärer Charakter zukommen.

Die Beteiligtenfähigkeit kann somit nicht unmittelbar aus § 61 Nr. 2 VwGO abgeleitet werden.

1 Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 472; ebenso Ewald, DVBl 1970, S. 239.

2 Wie hier: Kiock, Diss., S. 44; Ewald, DVBl 1970, S. 239; ders., Wissenschaftsrecht Bd. 3 (1970), S. 38; Hoppe, DVBl 1970, S. 849; unklar: ders., Organstreitigkeiten, S. 212.

cc) § 61 Nr. 3 VwGO

Die Vorschrift des § 61 Nr. 3 VwGO ermächtigt den Landesgesetzgeber, Behörden am Verfahren zu beteiligen. In Nordrhein-Westfalen hat der Gesetzgeber von dieser Ermächtigung in § 5 Abs. 1 AG-VwGO Gebrauch gemacht, wonach Behörden generell als parteifähig erklärt sind¹.

Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob den einzelnen kommunalen Funktionssubjekten im innerorganisatorischen Verhältnis zueinander Behördenqualität² zukommen kann³.

Entscheidend ist, daß die genannte Bestimmung ausschließlich auf den Außenrechtskreis zugeschnitten ist. Die VwGO hat sich grundsätzlich für das sogenannte Rechtsträgerprinzip entschieden⁴, so daß die Körperschaft als beteiligte Partei im Prozeß auftritt, wenn nicht, durch spezielle landesgesetzliche Vorschrift, Behörden als beteiligtenfähig erklärt sind⁵.

Ein solches Gebrauchmachen von der Ermächtigung des § 61 Nr. 3 VwGO kann jedoch keinen allgemeinen Über-

1 Von der Ermächtigung haben weiterhin nur die Länder Saarland, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht. Vgl. die Aufstellung bei Schunck/De Clerck, VwGO, § 61, Anm 4.

2 Zum Behördenbegriff vgl. die Darstellung bei Kiock, Diss., S. 44 ff., sowie insbesondere die Rechtsprechung des BVerfG E 10, S. 48.

3 Vgl. hierzu weiter: Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 471 mit Fußnote 66 u.w.N.

4 So schon früher: § 26 VGG; § 23 BVerwGG.

5 Vgl. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 98; - Schunck/De Clerck, VwGO, § 41, Anm. 4; Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 471; Kiock, Diss., S. 46; Bleutge, KVS, S. 138; Tsatsos, Organstreitigkeiten, S. 36.

gang zum sogenannten Behördenprinzip darstellen¹; die prozeßbeteiligte Behörde tritt vielmehr als Prozeßstandschafter für die Körperschaft auf, der sie angehört². Ohne spezielle gesetzliche Festschreibung fehlt hier die Beteiligtenfähigkeit³.

Dieser Umstand schließt die Annahme der Beteiligtenfähigkeit von kommunalen Funktionssubjekten am Verwaltungsprozeß gem. § 61 Nr. 3 VwGO - unabhängig davon, ob ihnen in diesem Bereich überhaupt Behördeneigenschaft zukommen kann - a priori aus.

Die Verleihung der Stellung als Prozeßstandschafter kann sich nur auf den Außenrechtskreis beziehen⁴, da nur dort die Vertretung der Körperschaft durch das Funktionssubjekt denkbar ist⁵.

Der innerorganisatorische Streit verhält sich jedoch gerade über eigene Rechtspositionen, über welche die kommunalen Funktionssubjekte streiten.

Also bleibt auch die Anwendung des § 61 Nr. 3 VwGO ausgeschlossen⁶.

1 Wie es in § 46 MRVO Nr. 165 galt.

2 Kopp, VwGO, § 61, Anm. 3; von Oertzen, DVBl 1961, S. 650; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 61, Anm. 6.

3 So in all den Ländern, die von der Ermächtigung des § 61 Nr. 3 VwGO nicht Gebrauch gemacht haben; vgl. Klinger, VwGO, § 61, Anm. 3; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 78.

4 In der gesamten VwGO ist auf diesen Rechtskreis abgestellt, worauf noch später einzugehen sein wird; vgl. z.B. Heermann, Gemeinderatsbeschuß, S. 50 f.

5 Es sei denn, man folgt der Konstruktion von Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 181 ff., 190 f., welcher die Funktionssubjekte auch im innerorganisatorischen Streit als Prozeßstandschafter auftreten lassen will, wo sie als solche ein "intrapersonales" Recht der Juristischen Person gegenüber den Organen auf ungestörte funktionsmäßige Aufgabenerfüllung geltend machen. Dieser Konstruktion soll hier nicht gefolgt werden. Vgl. zur Kritik: Böckenförde, Organ, Organisation, Juristische Person, S. 279, Fußnote 34.

6 Ebenso Kisker, Insihprozeß, S. 27; Ewald, DVBl 1970, S. 240; Friauf, Der Staat Bd. 9 (1970), S. 233, Fußn. 45.

dd) Die entsprechende Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO

Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei den kommunalen Funktionssubjekten nicht um "Vereinigungen" im Sinne des § 61 Nr. 2 VwGO¹, so daß die direkte Anwendung dieser Vorschrift, ebenso wie die des § 61 Nr. 1 und § 61 Nr. 3 VwGO ausscheiden mußte.

Da § 61 Nr. 1 VwGO an die (Voll-)Rechtsfähigkeit der natürlichen und juristischen Personen anknüpft², die den kommunalen Funktionssubjekten unzweifelhaft nicht zukommt, ist auch für die entsprechende Anwendung dieser Norm kein Raum.

Dieses Erfordernis der Vollrechtsfähigkeit als Anknüpfungspunkt für die Beteiligtenfähigkeit mildert § 61 Nr. 2 VwGO dahingehend ab, daß auch "Vereinigungen" die Beteiligung am Verwaltungsprozeß ermöglicht wird, "soweit ihnen ein Recht zustehen kann".

Der so erkennbare Wille des Gesetzgebers, den Kreis der Beteiligtenfähigen am Verwaltungsprozeß zu erweitern, wobei er an die Innehabung eines Rechtes anknüpft, macht deutlich, daß eine Einengung über den Begriff der "Vereinigung", welcher eine pluralische Struktur des betreffenden Subjektes voraussetzen würde, nicht gewollt ist³.

1 Siehe oben unter ee).

2 Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 18 II, 2.

3 Ewald, DVBl 1970, S. 241; vgl. weiter: Bleutge, KVS, S. 138 ff.; Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 472 f.

63

Dieses muß umso mehr gelten, als keinerlei Gründe ersichtlich sind, die eine solche Abgrenzung gegenüber singulären Subjekten begründbar machen könnte. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gesetzgeber sich von dem Gedanken leiten ließ, als singulär strukturierte Subjekte würden lediglich die - ohnehin gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähigen - natürlichen und juristischen Personen in Betracht kommen. Die hier auftauchenden Probleme des innerorganisatorischen Bereiches wurden außer acht gelassen. Dieser Schluß wird durch einen Blick auf § 64 EVwGO gestützt¹. Die endgültige Fassung der VwGO hat insoweit keine Änderung erfahren. Folglich muß die teleologische Auslegung des § 61 Nr. 2 VwGO dazu führen, daß jedes Subjekt beteiligtenfähig ist - "soweit ihm ein Recht zusteht"².

Insoweit steht der Beteiligtenfähigkeit aller denkbaren kommunalen Funktionssubjekte also kein Hindernis entgegen.

Es bleibt die Bedeutung der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen des § 61 Nr. 2 VwGO für die Beteiligtenfähigkeit zu untersuchen. Die Funktionssubjekte sind fähig am Prozeß teilzunehmen, "soweit ihnen ein Recht zustehen kann".

1 BT-Drucksache Nr. 55 der 3. Legislaturperiode (Bd. 55), S. 37: "...stehen in den Verwaltungsgerichtsprozessen... die Beziehungen zur Gemeinschaft im Vordergrund".

2 Bleutge, KVS, S. 138 ff.; Bethge, a.a.O., S. 472 f.; Ewald, DVBl 1970, S. 241. In der Finanzgerichtsordnung, als jüngster Verfahrensordnung, ist die Beteiligtenfähigkeit nicht eigens geregelt. Der Gesetzgeber ist offenbar davon ausgegangen, daß jeder Inhaber eines abgabenrechtlichen Anspruchs, für welchen der Finanzgerichtsweg eröffnet ist, in diesem Verfahren auch beteiligtenfähig ist. Vgl. Ziemer/Birkholz, FGO, § 57, Rdn. 14,15.

Bereits oben wurde angesprochen, daß die Beteiligtenfähigkeit - im Anschluß an die zivilprozessuale Parteifähigkeit¹ - an die Rechtsfähigkeit anknüpft, welche den im Gesetz (§ 61 Nr. 1 VwGO) genannten natürlichen und juristischen Personen zukommt².

Diese Voraussetzung für die Beteiligtenfähigkeit ist durch die Vorschrift des § 61 Nr. 2 VwGO dergestalt abgemildert, als hierdurch mit der zitierten Formulierung vom Erfordernis der Rechtsfähigkeit im Sinne einer Vollrechtsfähigkeit abgerückt wird. Über die Frage, welche Voraussetzungen in Ansehung des § 61 Nr. 2 VwGO für die Beteiligung der "Vereinigungen", im speziellen Fall: der innerorganisatorischen Funktionssubjekte, am Verwaltungsprozeß erfüllt sein müssen, besteht in der Literatur - wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird - Uneinigkeit. Um zu einer Erörterung dieses Problems vorstoßen zu können, bedarf es vorab einer zusammenhängenden Beleuchtung der hier relevanten Probleme der Rechtsfähigkeit.

(1) Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität

Auszugehen ist von der Relativität aller Rechtsfähigkeit.

Es gibt keine Rechtsperson, die in allen denkbaren und möglichen Beziehungen Träger von Rechten und Pflichten sein kann; die Rechtsfähigkeit existiert jeweils nur im Zusammenhang bestimmter Normen und

1 § 50 ZPO.

2 Siehe oben unter D. II. b).

Rechtskreise¹. So ist z.B. der einzelne Mensch nicht Rechtssubjekt im Sinne des Völkerrechts.

Es gibt keine vorgesetzliche Rechtsfähigkeit². Die Annahme des Vorhandenseins von (Voll-)Rechtsfähigkeit als apriorische Eigenschaft der natürlichen und juristischen Personen haben bereits WOLFF³ und THOMA⁴ überzeugend widerlegt⁵.

Rechtsfähigkeit ist nicht die Aufnahmebereitschaft für Rechtssätze, nicht Voraussetzung für die Zuordnung von Rechten und Pflichten, sondern die Folge hiervon⁶. Die Rechtsordnung schafft erst Rechtsfähigkeit⁷ und füllt sie nicht etwa aus. Somit kann es bezüglich der Rechtsfähigkeit auch keinen Unterschied zwischen der natürlichen und der juristischen Person geben. Beide sind insoweit rechtsfähig,

-
- 1 Vgl. hierzu Thoma, HDStR Bd. II, S. 611, insbesondere dort auch Fußnote 14; Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S. 146; Rupp, Grundfragen, S. 82; Böckenförde, Organ, Organisation, juristische Personen, S. 282; Bachof, AÖR 83 (1958), S. 263 f., 267; Goessl, Organstreitigkeiten, S. 56; Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 167; Jesch, DÖV 1960, S. 52; Kelsen, Hauptprobleme, S. 186 f., 513; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG, S. 165.
 - 2 Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht S. 80 f. mit zahlreichen w.N. - Fußnote 345.
 - 3 Juristische Person und Staatsperson, S. 202 f., insbesondere auch bezogen auf juristische Personen; ders., Theorie der Vertretung, S. 249.
 - 4 HDStR Bd. II, S. 611.
 - 5 Vgl. für den zivilrechtlichen Bereich: Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 235.
 - 6 Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 81; ders., Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 283 f.
 - 7 Vgl. schon Bernatzik, AÖR 5 (1890), S. 192.

als die Rechtsordnung sie zu Trägern von Rechten - und/oder Pflichten¹ macht².

Jegliche Rechtsfähigkeit ist mithin bezogen auf bestimmte Rechtssätze. Diese verschaffen Rechtsfähigkeit, soweit sie sie verschaffen wollen, sich auf ein Subjekt richten³. Die sogenannte (Voll-)Rechtsfähigkeit ist somit die Kumulation einer praktisch nicht quantifizierbaren Anzahl von einzelnen Rechtsfähigkeitskomplexen. Der Umfang der Rechtsfähigkeit der natürlichen und juristischen Personen hat die Quantität scheinbar in Qualität umschlagen lassen; (Voll-) "Rechtsfähigkeit" stellt quasi ein fiktives Maximum an Rechtsfähigkeit dar⁴.

Wo dieses Maximum nicht erreicht ist, unterhalb der Ebene der Rechtsfähigkeit, diesen Begriff nunmehr im o.g. "qualitativen" Sinne gebraucht, kann den Subjekten ebenfalls "Rechtsfähigkeit" in einzelnen Beziehungen zukommen; man spricht hier von "Rechtssubjektivität".

1 Die Frage, ob die Zuordnung einer Pflicht zur Annahme der "Rechtsfähigkeit" genügt, oder aber die Zuordnung eines subjektiven Rechtes erforderlich ist, wird in diesem Zusammenhang nicht erheblich.

2 G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 193: "Person ist kein Naturwesen, sondern eine Abstraktion". Weiter hierzu: Bernatzik, AÖR 5 (1890), S. 193; Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Vorrede zur zweiten Auflage, S. XVIII.

3 Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S. 146; Rupp, Grundfragen, S. 82 f.

4 Vgl. Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, S. 56, Fußnote 244 m.w.N.; Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. I, § 32 III, b; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 165, welcher deutlich auf diesen Zusammenhang zwischen Qualität und Quantität hinweist; ebenso: Schnapp, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 284.

Rechtssubjektivität ist die Folge der Zuordnung von subjektiven Rechten und/oder Pflichten¹ durch die Rechtsordnung². Sie ist nicht die Aufnahmebereitschaft für Rechtssätze im Sinne einer vorgesetzten oder vorstaatlichen Fähigkeit, Bezugssubjekt sein zu können³.

1 Die Frage, ob die Zuordnung eines subjektiven Rechtes erforderlich ist, oder aber die Zuordnung einer Pflicht genügt, bedarf im Rahmen der Prüfung der Beteiligtenfähigkeit in entsprechender Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO keiner weiteren Erörterung, da der Wortlaut der Vorschrift die Möglichkeit der Innehabung eines (subjektiven) Rechtes fordert. Diese Ansicht ist nicht unumstritten, im einzelnen wird hierauf deshalb noch einzugehen sein.

2 Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S. 146; Rupp, Grundfragen, S. 83; Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 81; Bleutge, KVS, S. 65.

3 Von "vorstaatlicher Rechtssubjektivität" - der natürlichen Personen - spricht Rüfner, AÖR 89 (1964), S. 267 f. Die Ableitung aus der Idee der "natürlichen Menschenrechte und der Gleichheit" - a.a.O., S. 266 - stellt letztlich einen Zirkelschluß dar, denn daß dieses Folgerungen nicht aus der Natur, sondern einem Normengesamtkomplex sind, ergibt sich schon daraus, daß RÜFNER von "heutigem...Denken" spricht. Natürliche Eigenschaften folgen jedoch aus der Person, sie können nicht durch eine bestimmte - zeitgemäße - Einstellung in diese hineingedacht werden.

Menger, System, S. 38, sieht die Rechtssubjektivität als "rechtssatzmäßige Fähigkeit, Zuordnungssubjekt (mindestens) eines Rechtssatzes zu sein". Die Begründung der Rechtssubjektivität erfolgt also durch die Rechtsordnung, soll jedoch dazu führen, daß die "Rechtsperson" für die gesamte Rechtsordnung existiert - a.a.O., S. 39, Fußnote 22. Diese Annahme ist nur schwer mit dem Gedanken von der Relativität aller Rechtsfähigkeit in Einklang zu bringen, da sie zu der Folgerung führt: einmal Rechtsperson immer Rechtsperson. S. aber auch dens., System, S. 147 f. Zumindest mißverständlich sind die Ausführungen hierzu von Redeker/von Oertzen, VwGO, § 61, Anm. 4; diese sind der Ansicht, Beteiligtenfähigkeit bestehe bei der "Vereinigung", wenn diese Zuordnungsobjekt eines Rechtssatzes sein könne. Die angezogenen Nachweise bei Klinger, VwGO, S. 311 und Wolff, VerwR Bd. III, S. 156 III, c, 1 - stützen die Ansicht nicht, sondern entsprechen dem hier dargestellten Ergebnis.

Die Unterscheidung von WOLFF¹ zwischen Rechtsfähigkeit, welche er in die o.g. (Voll-)Rechtsfähigkeit und die sogenannte Teilrechtsfähigkeit teilt, und Rechtssubjektivität soll hier nicht nachvollzogen werden. Eine dogmatische Notwendigkeit für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich. Punktuelle Rechtsfähigkeit in einer bestimmten Rechtsrelation (Teilrechtsfähigkeit) ist vielmehr als Synonym für die o.g. Rechtssubjektivität anzusehen. Ob ein Recht als eigenes oder fremdes dem betreffenden Subjekt zugeordnet ist - dieses sind die WOLFF'schen Unterscheidungskriterien für Teilrechtsfähigkeit einerseits und Rechtssubjektivität andererseits - ist aus der jeweils zu beurteilenden Relation zu entnehmen². Rechte und Pflichten, die den Funktionssubjekten im herkömmlichen Außenbereich zur - transitorischen - Wahrnehmung für die Körperschaft zugeordnet sind, können sich im Innenbereich durchaus als eigene darstellen. Die Unterscheidung ist somit für den hier zu untersuchenden Innenbereich letztlich zumindest als unnötig abzulehnen³.

Rechtssubjektivität stellt terminologisch somit das quantitative Minus gegenüber der Rechtsfähigkeit dar⁴.

1 Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. I, § 32 II, a.

2 Vgl. hierzu auch Bachof, AÖR 83 (1958), S. 259 f.

3 Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 141, weist zutreffend darauf hin, daß die Frage, ob eine endgültige oder transitorische Zuordnung vorliegt, vom jeweiligen Standpunkt abhängt.

4 Vgl. Böckenförde, Organ, Organisation, juristische Person, S. 282.

Dogmatisch lassen sich die Begriffsinhalte nicht trennen, da sie aufgrund der Relativität aller Rechtsfähigkeit letztlich ineinander fallen müssen¹.

Damit sind Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit an das Vorliegen der gleichen Voraussetzungen geknüpft.

Eine Untersuchung der Rechtssubjektivität auf die Frage, ob die Zuordnung eines subjektiven Rechts erforderlich ist oder die Zuordnung einer Pflicht genügt² bedarf es nicht. Im Hinblick auf den Ausgangspunkt der Untersuchung, die Beteiligtenfähigkeit der innerorganisatorischen Funktionssubjekte in entsprechender Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO, kommt es hierauf nicht an, da nach dem Wortlaut der Vorschrift eindeutig das Vorliegen eines subjektiven Rechtes erforderlich ist; allein eine materiell-rechtliche Verpflichtung ist nicht ausreichend³.

1 Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 81.

2 So z.B. Rupp, Grundfragen, S. 82; Kelsen, Hauptprobleme, S. 312, 515 ff., 568, 666 ff.; Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S. 99 ff.; ders., Theorie der Vertretung, S. 254.

3 Ebenso: Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 110; Kiock, Diss., S. 56; Ewald, DVB1 1970, S. 241; welcher richtigerweise darauf hinweist, daß die Beteiligtenfähigkeit letztlich ein Problem des materiellen Rechts sei; ders., Wissenschaftsrecht Bd. 3 (1970), S. 38 f.

A.A. Hoffmann-Becking, DVB1 1972, S. 301; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 61, Anm. 4.

Der überwiegende Teil der mit der Problematik des Kommunalverfassungsstreitverfahrens befaßten Autoren hat die Frage nach dem Vorhandensein subjektiver Rechte im Innenrechtsbereich zwar gestellt und problematisiert, nicht jedoch im Rahmen der Beteiligtenfähigkeit. Dieses ist folgerichtig, soweit für Individualfunktionssubjekte die Beteiligtenfähigkeit über § 61 Nr. 1 VwGO angenommen wird. Spätestens aber bei der Untersuchung der Beteiligtenfähigkeit der kollegial besetzten Subjekte hätte im Rahmen der Prüfung des § 61 Nr. 2 VwGO die Frage nach dem Vorhandensein subjektiver Rechte der Funktionssubjekte gestellt werden müssen.

Die Frage nach der Beteiligtenfähigkeit der innerorganisatorischen Funktionssubjekte spitzt sich also, ausgehend von den obigen Erörterungen, dahin zu, ob und wo im kommunalverfassungsrechtlichen Innenbereich subjektive Rechte verschaffende Rechtssätze vorhanden sind¹.

Vorab ist jedoch die grundsätzliche Möglichkeit der Existenz solcher Rechtssätze im innerorganisatorischen Bereich zu erörtern. Hierzu bedarf es eines näheren Eingehens auf den Rechtssatzbegriff, um die möglichen Quellen der subjektiven Rechte zu umreißen.

(2) Rechtssatz und Rechtssubjektivität

Die Möglichkeit einer solchen Existenz ausschließenden Ansichten von G. JELLINEK², LABAND³, M. SEYDEL⁴ und im Anschluß an letzteren auch von ANSCHÜTZ⁵ und anderen, die zwangsläufiges Gedankengut der Zeit ihrer Entstehung, d.h. der spät-konstitutionellen Staatsrechtslehre darstellen, sind heute als wesentlich zu eng erkannt.

Der Staat stellte sich hier als unzergliedertes Rechtssubjekt dar, innerhalb dessen unter der Herrschaft dieses Rechtsbegriffes grundsätzlich keinerlei rechtliche Beziehungen stattfinden konnten. Das Vorhandensein materieller Rechtsnormen war kategorisch ausgeschlossen; die Beziehung des Staates zu

1 Ewald, DVB1 1970, S. 241.

2 Gesetz und Verordnung, S. 240; ders., System, S. 194.

3 Staatsrecht Bd. 2, S. 181.

4 Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, S. 323.

5 Gegenwärtige Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, S. 69, 97, 163, 169.

seinen Organ war dem Recht entzogen¹ und blieb dementsprechend auch von der rechtswissenschaftlich-rechtsdogmatischen Diskussion weitgehend ausgeschlossen². Die Beschränkung der Funktion des Rechtes auf die "Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte gegeneinander"³ (Schrankenziehungsfunktion) ließ die Annahme von Rechtssätzen ebenso nur im Verhältnis Staat - Bürger ("Außenbereich") zu, wie der vor dem Hintergrund der sogenannten Freiheits- und Eigentums-Formel entwickelte Gesetzesbegriff, welcher materielles Recht nur dort annahm, wo in Freiheit und Eigentum des "Untertan" eingegriffen wurde^{4,5}.

Damit waren alle Organisationsnormen dem außerrechtlichen Bereich zugeordnet und unterfielen dem Kronprärogativ der Monarchen, was gerade Motivation für diese rechtstheoretische Konstruktion⁶ war.

Die Möglichkeit des Vorhandenseins von Rechtssätzen im innerorganisatorischen Bereich wurde jedoch keineswegs allenthalben so apodiktisch ausgeschlossen, wie

1 Otto Meyer, Deutsches VerwR Bd. 1, S. 87.

2 Vgl. Schnapp, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 277.

3 Laband, a.a.O., S. 181, ähnlich S.73.

4 Anschütz, a.a.O., S. 69, 97, 163.

5 Siehe hierzu auch Schnapp, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 277/278. Weiter die umfangreiche Darstellung bei Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG, S. 54 ff., 85 ff., 162 ff.

6 Vgl. hierzu: Rupp, Grundfragen, S. 29 unter Hinweis auf G.Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 254: "Die hervorragendste Bedeutung der Unterscheidung von formellem und materiellem Gesetz (Nicht-Rechtssatz und Rechtssatz - Anfügung des Verf.) liegt aber darin, daß sie allein den Weg weist zu einer Lösung eines der schwierigsten Probleme des constitutionellen Staatsrechts, der Abgrenzung der Kompetenz der konstitutionellen Gesetzgebung von der Verwaltungs- und Verfügungsgewalt der Regierung". Siehe auch: Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 73; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 18 ff. in Fußnote 44, 50.

z.B. die LABAND'sche und JELLINEK'sche Lehre von der Impermeabilität des Innenbereichs dieses annehmen wollte. Im Gegenteil, schon BORNHAK¹ sieht im öffentlichen Recht auch eine "nähere Maßbestimmung" für die Ausübung des staatlichen Herrschaftsrechtes. Die Vorschriften über Zuständigkeit und Verfahren der Behörde - also des Innenbereichs - sind für ihn deshalb Rechtssätze.

Auf den entscheidenden Gesichtspunkt, der die Beschränktheit des Rechtssatzbegriffes auf den Außenrechtsbereich widerlegt, macht HAENEL aufmerksam². Er stellt fest, daß in diesem Bereich nur eine Aufgabe des Rechts liege. Die dem Privatrecht entstammende verengte Sicht gehe von einem beziehungslosen, lediglich gegeneinander abzugrenzenden Nebeneinander von Individuen aus und lasse die Tatsache, daß diese auch zusammenleben und -wirken außer Betracht³. Die Regelung dieser Relationen, der sich in diesem Raum entwickelnden Willenskräfte und Initiativen sei ebenfalls Aufgabe des Rechts. Dieses werde von den Autoren, die allein den Außenbereich im Blick hatten, außer Betracht gelassen.

HAENEL bezieht neben den "begrenzenden" auch die "zusammenordnenden" Vorschriften mit ein. Hierzu zählt er Bestimmungen über Organschaft, Kompetenz und auch Hierarchie, die Regelungen hinsichtlich der Errichtung und Besetzung der Organe, die Festlegung ihres Wirkungskreises⁴.

1 Preussisches Staatsrecht, S. 468 f.

2 Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 205 ff., insbes. S. 208.

3 Vgl. auch Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, S. 72.

4 Haenel, Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 221.

Aufbauend auf dieser Erkenntnis HAENELS, die bei der Zusammenfassung beider o.g. Funktionen den gesamten Anwendungsbereich des objektiven öffentlichen Rechts umfaßt¹, hat BÖCKENFÖRDE² eine weiterführende, ergänzende Rechtssatzdefinition geschaffen. Dabei geht er, im Anschluß an GNEIST und BORNHAK davon aus, daß alles öffentliche Recht nähere Maßbestimmung für die Ausübung der staatlichen Herrschaft sei³.

Eine solche Ergänzung hatte der verfassungsrechtlichen Lage Rechnung zu tragen.

Die Bedeutung des Rechtssatzes als Maßbestimmungssatz der Herrschaft mußte nicht zuletzt in Ansehung der grundgesetzlichen Vorschriften des Artikels 20 Abs. 2 und 3 auf die Schaffung, die Begründung "der Herrschaft" ausgedehnt werden⁴. Diese Verfassungsnormen fordern auch für den staatsinternen Organisationsbereich eine rechtssatzmäßige Legitimation⁵. Die Existenz rechtsfreier Räume, in denen eine Art "naturgegebene Staatsgewalt" herrscht, kann es nicht

1 Verwaltungsverordnungen, in Haenels Terminologie "Generalverfügungen" - a.a.O., S. 238/239 -, differenziert er insoweit, als er die für nachgeordnete Funktionssubjekte kompetenzbegründenden bzw. -begrenzenden von denjenigen trennt, welche sich in Ausübung der Dienstgewalt erlassen darstellen, d.h., z.B. dienstliche Obliegenheiten der Beamten regeln bzw. Geschäftsverteilungen vornehmen. Diese Differenzierung, vorgenommen mit der Begründung, die Ausübung subjektiven Rechts - Erlaß der Verordnung, wozu die erlassende Stelle ein subjektives Recht habe - könne nicht weiteres subjektives Recht für den Adressaten schaffen, beruht auf der fälschlicherweise vorgenommenen antithetischen Trennung zwischen objektivem und subjektivem Recht; hierzu: Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 288 f.

2 Organisationsgewalt, S. 74.

3 Vgl. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, S. 468 ff.

4 Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 74; vgl. hierzu auch: Bleutge, KVS, S. 72.

5 Bleutge, KVS, S. 72.

(mehr) geben¹. Jede, auch die organisatorische Staats- und Verwaltungstätigkeit muß auf Verfassung und Gesetz zurückgeführt werden können².

Weiterhin unter Einbeziehung der Tatsache, daß staatliche Tätigkeit nicht allein Ausübung von Herrschaftsgewalt, sondern auch die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten impliziert, kommt BÖCKENFÖRDE³ zu dem Ergebnis, daß der Rechtssatzbegriff für den Bereich des öffentlichen (Funktions-)Rechts als "Begründung und verbindliche Maßbestimmung für die Ausübung öffentlicher Gewalt und die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten" zu definieren sei⁴.

Diese Definition stellt einen der vielen Versuche dar, den Rechtssatzbegriff in diesem Bereich dem heutigen Staatsverständnis und der Verfassungsgegebenheit anzupassen.

Ähnlich formuliert auch STARCK⁵ - in Ausfüllung der formal-strukturellen (rechtstheoretischen) Definition⁶ - eine materielle Begriffsbestimmung des Rechtssatzes

1 Brohm, DÖV 1964, S. 247; siehe auch: Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 143 ff. Die Frage, inwieweit Innenrechtssätze auch "Außenverhaltensvorschriften" darstellen - Ossenbühl, a.a.O., S. 145 - ist hier nicht relevant.

2 Spanner, DÖV 1957, S. 641.

3 Böckenförde, a.a.O., S. 74.

4 Ebenso Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. I, § 24 II, c, 2.

5 Der Gesetzbegriff des GG, S. 189 ff.

6 Hierauf soll im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht eingegangen werden, vgl. hierzu: Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 223 ff.

im demokratisch-konstitutionellen Staat: "Alle Regelungen, die den Grund für die Ausübung der staatlichen und jeder öffentlichen Gewalt legen und die deren Aufbau, Ausgestaltung und Tätigkeiten jeder Art des näheren bestimmen".

Somit wird auch "die Unterscheidung zwischen dem 'innen' und dem 'außen' für eine Grenzziehung zwischen rechts-erfüllten und rechtsfreien Raum schlechterdings nicht verwertbar"¹. Wie bei RUPP sollen diese Begriffe zwar auch hier weiter Verwendung finden, schon zur Verhinderung unnötiger Begriffsvielfalt, jedoch in dem von diesem umrissenen Bedeutungsrahmen. RUPP nimmt dem "außen" und dem "innen" den Synonymcharakter für "rechtlich permeabel" bzw. "impermeabel"². Vielmehr definiert er den Außen(rechts)bereich als "Komplex von Rechtsrelationen, durch welche das Verhältnis von Verwaltungsorganisation einerseits, zu Subjekten die nicht in der Wahrnehmung einer Organfunktion begriffen sind andererseits bestimmt wird". Den Innen(rechts)bereich umreißt er als "diejenigen Rechtsbeziehungen, soweit sie ausschließlich den organschaftlichen Funktionsablauf zwischen Organwalter, Organen und Organismus betreffen".

Es ist bei den Regelungen des Innenbereichs also nicht nach der Form (Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung) zu fragen, sondern allein nach dem Inhalt, welcher Auskunft über die Rechtssatzeigenschaft gibt³.

1 Rupp, Grundfragen, S. 33.

2 Rupp, a.a.O., S. 34.

3 Im Ergebnis ebenso: Kiock, Diss., S. 52 ff.; vgl. auch: Zuhorn/Hoppe, Gemeinde-Verfassung, S. 228 ff.; Bark, Beanstandungsverfahren, S. 77 ff.; Giesberts, Diss., S. 54 ff., welche jedoch - unnötigerweise - auf ein besonderes Gewaltverhältnis zwischen Rat und Ratsmitglied abstellen - zur Kritik vgl. Heermann, Gemeindebeschuß, S. 198.

Die Rechtssatzeigenschaft der insoweit in der GO-NW enthaltenen Regelungen ist ebenso unproblematisch wie diejenige solcher Bestimmungen, welche andernorts das Gesetz lediglich wiederholen¹.

Als den innerorganisatorischen Bereich betreffend bleiben somit als Rechtsquellen: die Hauptsatzung, die Geschäftsordnung des Rates, welche, soweit sie nicht ausdrückliche auf die Ausschüsse bezogene Regelungen enthält, gem. § 42 Abs. 2 S. 1 GO-NW auf den Ausschuß entsprechend anzuwenden sind², sowie die "einfachen" Ratsbeschlüsse.

Im Regelfall wird die Errichtung der Ausschüsse in der Hauptsatzung festgelegt sein, ebenso wie die Zuständigkeitsverteilung. Lediglich bei vorübergehend eingesetzten Ausschüssen wird beides durch Ratsbeschluß erfolgen³.

Die sonstigen innerorganisatorischen Regelungen sind in der Geschäftsordnung niedergelegt, können jedoch

1 Kiock, Diss., S. 52.

2 Eine eigene Geschäftsordnung der Ausschüsse ist im Lichte der Vorschriften der §§ 31 Abs. 2, 33 Abs. 2, 35 Abs. 1, 36 Abs. 2, 3 und 41 Abs. 3 GO-NW als unzulässig anzusehen, da sich hieraus ergibt, daß die Gemeindeordnung davon ausgeht, daß der Rat sich eine Geschäftsordnung gibt, welche über § 42 Abs. 2, S. 1 GO-NW auf die Ausschüsse entsprechend Anwendung findet - vgl. Löwer, SKV 1975, S. 38. Darüberhinaus bestimmt § 41 Abs. 3, S. 1 GO-NW, daß der Rat für die Arbeit der Ausschüsse allgemeine Richtlinien aufstellt, was ebenfalls grundsätzlich nur in der Geschäftsordnung denkbar ist, in speziellen Fällen möglicherweise durch "einfachen" Ratsbeschluß.

3 Siehe oben unter C. II. 1.

ebenfalls in Einzelfällen den Gegenstand einzelner Ratsbeschlüsse bilden.

Ausgehend von der oben gegebenen Rechtssatzdefinition wäre es völlig verfehlt, nunmehr zu versuchen, die Geschäftsordnung abstrakt in ein Raster zu pressen und sie generell als "Norm"¹, "echte Rechtsnorm"², "Rechtssatz"³, "Satzung"⁴, "Teil des kommunalen Verfassungsrechts"⁵ oder als "Gemeinderatsbeschluß ohne Rechtscharakter"⁶ zu bezeichnen. Weder die grundsätzliche Bejahung der Rechtssatzeseigenschaft, noch deren grundsätzliche Verneinung kann richtig sein. Soweit die Geschäftsordnung "Maßbestimmungen" im Sinne der obigen Definition des Rechtssatzes beinhaltet, z.B. Funktionssubjekt geschaffen, Mitwirkungs- und Kontrollbefugnisse begründet oder sonstige Kompetenzen verteilt werden⁷, liegen Rechtssätze vor.

Gleiches gilt für den Gemeinderatsbeschluß; auch hier ist allein vom Inhalt her zwischen Rechtssatz und Nicht-Rechtssatz zu differenzieren.

1 PrOVG, AS 41, S. 41/43.

2 Bleutge, KVS, S. 69 ff., 78, 200 f.

3 Kottenberg/Rehn, GO, § 31, Anm. II. 2 m.w.N.

4 Gerth, SKV 1959, S. 256.

5 Lüersen/Neuffer, Nds. GO, § 50, Anm. 2, § 47, Anm. 3.

6 Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 283.

7 Vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 77/78; ebenso: Zuhorn/Hoppe, Gemeinde-Verfassung, S. 229.

Es kann nun nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, alle denkbaren organisatorischen Bestimmungen auf ihre Rechtssatzqualität zu überprüfen. Es lassen sich allein, in negativer Abgrenzung, anhand der Definition diejenigen Sätze ausschließen, welche z.B. ZUHORN/HOPPE¹ als "innerkorporative Verwaltungsbestimmungen" bezeichnen. GIESBERTS² spricht diesbezüglich von "wertindifferenten Anordnungen rein formell-technischen Inhalts".

Diesen kommt kein maßbestimmender Charakter hinsichtlich der Ausübung öffentlicher Gewalt oder der Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten zu. Eine auch nur annähernd vollständige Aufzählung solcher Sätze ist nicht möglich, da die Anzahl der denkbaren Bestimmungen zu groß ist. Als Beispiele seien genannt: Regelung über die Sitzordnung für die Fraktionen und einzelnen Mitglieder, Bestimmungen über die Art und Weise der Stimmabgabe (Handzeichen, Aufstehen etc.), Zuteilung von Beratungsräumen an die Ausschüsse oder Fraktionen³.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man unter Zugrundelegung der vom OVG Münster für die Rechtssatzeigenschaften angezogenen Kriterien. Das Gericht sieht Rechtssätze dort gegeben, wo sich eine Bestimmung in der Begründung neuer Rechte und Pflichten auswirkt, die bestehende Rechtslage ändert oder auf eine neue Grundlage stellt⁴.

1 Gemeindeverfassung, S. 231.

2 Diss., S. 54.

3 Weitere Beispiele bei Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassungsrecht, S. 231, sowie bei Giesberts, Diss., S. 55 ff., 94 ff.

4 OVG Münster, VerwRspr. Bd. 4, S. 533 (537 ff.).

Diese Erkenntnis soll Anlaß zur - teilweisen - Korrektur der von PAGENKOPF¹ gegebenen Definition des inneren Kommunalverfassungsrechts sein, welche in dieser Untersuchung übernommen wurde². Nicht nur die "Gesamtheit der Normen, die sich auf die innere Organisation der Gemeinden bezieht...", sondern die Gesamtheit der diesbezüglichen Rechts-sätze gehören dem inneren Kommunalverfassungsrecht an.

Die Verwendung des Normbegriffes könnte die irrige Vermutung aufkommen lassen, hier sei eine Beschränkung auf Gesetze im materiellen Sinne gegeben³.

Das Vorhandensein von Rechtssätzen auch im innerorganisatorischen Bereich als Voraussetzung für die Existenz subjektiver Rechte auch in dieser Sphäre ist also zu bejahen.

Damit ist insoweit dogmatisch der Weg für die grundsätzliche Beteiligtenfähigkeit kommunaler Funktions-subjekte im Verwaltungsrechtsstreit in entsprechender Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO geebnet.

Die Prüfung im Rahmen der Beteiligtenfähigkeit ist so bei dem viel diskutierten Problem der Existenz subjektiver öffentlicher Rechte im innerorganisatorischen Bereich angelangt⁴.

1 Kommunalrecht, § 20, I.

2 Siehe oben unter D. I. 2.

3 Vgl. z.B. die Definition bei Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 775. Auf diese Weise kann einer hier unfruchtbaren Auseinandersetzung mit dem Normbegriff aus dem Wege gegangen werden.

4 Vgl. zur Problemstellung vorab: Krebs, VerwArch 68 (1977), S. 191 f.

(3) Subjektive Rechte im kommunalverfassungs- rechtlichen Innenbereich

Können die in diesem Bereich - in vielfältiger Weise - vorhandenen Rechtssätze den Funktionssubjekten subjektive Rechte verschaffen? Oder handelt es sich um Sätze, deren Bedeutung sich im objektiven Regelungsbereich erschöpfen, somit dem Subjekt kein "Recht zu eigenem Recht" geben, sondern vielmehr Kompetenzen schaffen, zu deren Ausfüllung die Funktionssubjekte allein verpflichtet sind¹, oder, wie G. JELLINEK es ausdrückt, "in Wahrheit nur be-rechtigende Pflichten" darstellen², ohne daß hier-durch subjektive Rechte geschaffen werden?

(a) Die Meinungen in der Literatur

Die zu dieser Frage vertretenen Ansichten in der Literatur legen Zeugnis ab von der Schwierigkeit, für das Vorhandensein solcher subjektiver öffentlicher Rechte eine schlüssige dogmatische Ableitung zu finden.

Es kann nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, jeden einzelnen bisher unternommenen Konstruktionsversuch zu referieren oder gar abschließend zu würdigen.

Nur einige konträre Ansätze seien hier wiedergegeben, um die Unterschiedlichkeit der Argumentation zu zeigen:

1 Zu dieser Fragestellung vgl. Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 213/214.

2 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 565.

HOPPE¹ sieht solche innerorganisatorischen subjektiven Rechte als nach innen gerichtete Ansprüche auf ungestörte Ausübung der Zuständigkeit bei der Gesamtorganisation angesiedelt; die Verletzung dieser Rechte sei - mangels Handlungsfähigkeit der Gesamtorganisation - von denjenigen Organen² als Prozeßstandschaftern geltend zu machen, die durch das fehlerhafte Organhandeln eines anderen Organs in ihrem Zuständigkeitsbereich beeinträchtigt seien. In dieser "überaus komplizierten Konstruktion"³ ist es zwar nicht notwendig, den einzelnen Organen (Funktionsssubjekten) subjektive Rechte zuzuordnen, jedoch müssen ihnen zumindest die subjektiven Pflichten auf funktionsmäßige Aufgabenerfüllung⁴ obliegen. HOPPE hat sich so zwar letztlich mit dem Problem der subjektiven Rechte der Organ(teil)e (Funktionssubjekte) nicht zu beschäftigen. Offen läßt er jedoch die dogmatische Einordnung der o.g. Pflichten zur Funktionserfüllung.

Die HOPPE'sche Konstruktion muß in ihrer Anwendung letztlich daran scheitern, daß, wie noch zu zeigen sein wird⁵, aufgrund der o.g. Relativität aller Rechtsfähigkeit die Beteiligtenfähigkeit im Kommunal-

1 Organstreitigkeiten, S. 177 ff.; ders., DVBl 1970, S. 845 ff.

2 Der Begriff ist, bei Übertragung in die hier zugrundegelegte Terminologie, als "Funktionsssubjekte" zu lesen.

3 Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 114.

4 Hoppe, a.a.O., S. 238.

5 Siehe untenunter D. II. 2., b), ee).

verfassungsstreitverfahren über § 61 Nr. 2 VwGO einem Funktionssubjekt nur dann zukommt, wenn der Rechtsstreit sich über einen Satz verhält, der den streitenden Subjekten Rechtssubjektivität verleiht und, nach hier vertretener Ansicht, diesen - möglicherweise - ein subjektives Recht vermittelt. Dieses schließt die für die HOPPE'sche Konstruktion notwendige Prozeßstandschaft a priori aus, da es den Standschaftern an der Beteiligtenfähigkeit mangelt.

KISKER¹ schafft den Begriff der sogenannten Kontrastorgane², denen er in dieser Eigenschaft subjektive Rechte zuordnen will.

Zur Begründung zieht er ein von der - innerorganisatorischen - Rechtsordnung geschaffenes Spannungsverhältnis heran, welches Interessenkonflikte implizieren soll. Er sieht hierin ein System von "checks and balances" im innerorganisatorischen Bereich³.

BLEUTGE⁴ bejaht subjektive Rechte für Kommunalorgan(teil)e, wenn deren Kompetenzen "dem begünstigten Organ(teil) Einfluß auf die oberste gemeindliche Willensbildung geben wollen".

1 Insichprozeß, S. 38 ff.

2 Diesem zustimmend: Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 302.

3 Ebenso argumentiert Tsatsos, Organstreitigkeiten, S. 31, der ebenfalls auf nicht näher definierte Interessengegensätze abhebt.

Vgl. auch Lorenz, AÖR 93 (1968), S. 320: "Eine (Kompetenz-)Norm gibt der Behörde dann ein subjektives Recht, wenn sie im Interesse des von ihr wahrzunehmenen Sachbereichs erlassen wurde, wenn sie dem Schutz gerade dieses Bereiches dienen soll".

Ähnlich auch Klock, Diss., S. 64 ff.

4 KVS, S. 101 ff.

HEINRICH¹ sieht "negative"², subjektive öffentliche Rechte im vergleichbaren (Hochschul-)Innenbereich überall dort, wo den Funktionsträgern Wahrnehmungszuständigkeiten übertragen sind. Dabei beschränkt er dieses allerdings auf die zur weisungsunabhängigen Ausübung übertragenen Funktionen³.

Von einem völlig anderen Ansatz her versucht GIESBERTS⁴ das Problem zu lösen. Über die Auseinandersetzung mit der Stellung des Parlamentariers im Staatsverfassungsrecht - insbesondere im Zusammenhang mit den entsprechenden JELLINEK'schen Thesen⁵ - kommt er zu dem Ergebnis, was unter dem Aspekt der kommunalrechtlichen Institution "Ratsmitglied" als Kompetenz erscheine, stelle sich für den individuellen Träger dieser Institution notwendig auch als Recht dar, diese Kompetenz auszuüben.

Warum jedoch die Kompetenz der Organ(teil)ebene auf der Ebene des ausführenden Menschen zu dem gesuchten subjektiven Recht werden soll, vermag auch diese Ansicht nicht zu erklären. Daß das Funktionssubjekt selbst nicht in der Lage ist, realiter zu handeln, sondern dieses ausschließlich dem oder den dahinter-

1 Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 63 ff., 66, 107.

2 Er unterscheidet zwischen negativen und positiven subjektiven Rechten, d.h., solchen, die zur Abwehr von Statureinbrüchen berechtigen können und solchen, die einen Anspruch darauf geben können, daß die Zuständigkeit anderer Funktionssubjekte von diesem auch tatsächlich wahrgenommen wird - a.a.O., S. 107.

3 Heinrich, a.a.O., S. 65.

4 Giesberts, Diss., S. 30 ff.

5 System, passim, insbes. S. 167.

stehenden Menschen möglich ist, kann nicht in Zweifel gezogen werden¹, bringt die Lösung des Problems hier jedoch keinen Schritt weiter.

Überhaupt ohne echte Begründung für die entsprechende These postuliert z.B. schon GIERKE², auch die Gemeindeorgane seien "Subjekte von eigenen Rechten und Pflichten", da sie in ihrer gliedmäßigen Stellung verfassungsmäßige Kompetenzen hätten, welche subjektive Rechte in sich schließen .

Den einfachsten Weg wählen diejenigen Autoren, die das Vorhandensein der subjektiven öffentlichen Rechte im innerorganisatorischen Bereich als "allgemein anerkannt" apostrophieren³.

Abgesehen von HOPPE, der mit seiner Konstruktion die Entwicklung eines eigenständigen subjektiven Rechtes des Innenbereiches betrieben hat⁴, haben die übrigen Autoren, deren Reihe sich weiter fortsetzen ließe⁵, den Versuch unternommen, überkommene Kriterien des unzweifelhaft auf den Außenrechtsbereich zugeschnittenen subjektiven Rechts⁶ in den innerorganisatorischen Raum zu transponieren⁷.

1 Vgl. hierzu: Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 214 f.

2 Genossenschaftstheorie, S. 172 f.

3 Vgl. z.B. Buhlmann, SKV 1963, S. 94; ähnlich: Bark, Beanstandungsverfahren, S. 166, 177.

4 Subjektives Recht der Körperschaft auf ungestörten Funktionsablauf.

5 Vgl. z.B. Deng, Diss., S. 145 ff.; Neumann, Diss., S. 69 f.

6 Vgl. Krebs, VerwArch. 68 (1977), S. 192.

7 Vgl. Heermann, Ratsbeschluß, S. 119.

In jüngerer Zeit scheinen sich jedoch Stimmen im Vordringen zu befinden, die die Lösung von der herkömmlichen Begriffs- und Gedankenwelt des subjektiven Rechts des Außenrechtsbereichs bei der Untersuchung des Innenrechtsbereichs befürworten.

Die eingeschlagenen Wege sind wiederum sehr unterschiedlich. Sie seien hier ebenfalls nur in ihren Argumentationsstrukturen aufgezeigt, welche es erlauben, ein Fazit im Rahmen des zu unterbreitenden eigenen Lösungsweges zu ziehen.

FUSS¹ kommt - nach Auseinandersetzung mit den auch hier skizzierten Meinungen - zu dem Ergebnis, daß es "im Innenrechtsbereich grundsätzlich keine subjektiven Rechte geben kann"², wobei er an eben der Begriffsbestimmung festhält, die dem Außenrechtsbereich entspringt³.

Trotzdem will er den kommunalen Funktionssubjekten ein "Recht" im Sinne des § 61 Nr. 2 VwGO einräumen⁴. Zur Begründung seines Lösungsweges bezieht sich FUSS auf den Vorbehalt in § 42 Abs. 2 VwGO, wonach das Er-

1 Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972); S. 110 ff. - insbesondere: S. 116.

2 Fuß, a.a.O., S. 110.

3 Weitgehend anerkannt sind im Anschluß an Bühler, Altes und Neues zum subjektiven öffentlichen Recht, folgende Voraussetzungen:

1. Grundlage im zwingenden Rechtssatz oder Rechtsgeschäft
2. Rechtssatz muß - zumindest auch - den Schutz der Individualinteressen bezwecken (Rechtsreflex reicht nicht aus)
3. der Rechtssatz muß die Rechtsmacht zur Geltendmachung verleihen.

4 Wie in dieser Untersuchung ist auch bei Fuß das Vorliegen einer Pflicht grundsätzlich nicht ausreichend für die Annahme der Beteiligtenfähigkeit gem. § 61 Nr. 2 VwGO.

fordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung durch besondere gesetzliche Regelung¹ entfallen kann. Hieraus und aus der Vorschrift des § 47 Satz 2 VwGO a.F. (§ 47 Abs. 2 n.F.), wonach einer Behörde das Antragsrecht eingeräumt ist, ohne daß diese einen Nachteil erlitten oder zu erwarten haben muß, folgert FUSS den allgemeinen Rechtsgedanken, daß ein öffentlicher Funktionsträger bei Streitigkeiten im Innenbereich keine Verletzung subjektiver Rechte geltend machen müsse, vielmehr die Geltendmachung der Beeinträchtigung der übertragenen öffentlichen Funktion ausreiche².

Letztlich deckt sich diese Ansicht im Ergebnis mit denjenigen der vorgenannten Autoren. FUSS lehnt einerseits die Existenz subjektiver Rechte im Innenbereich ab, fordert andererseits aber die Geltendmachung der Störung einer - notwendigerweise subjektiven - Funktion. Damit hebt er, ähnlich wie BÖCKENFÖRDE³, die besondere Art der innerorganisatorischen Rechtspositionen hervor⁴.

Einen anderen Weg schlägt BÖCKENFÖRDE vor⁵, wenn er von der "prinzipiellen Andersartigkeit organisatorischer und organschaftlicher Befugnisse gegenüber

1 Als Beispiel führt er § 35 Abs. 2 WPflG an, der es dem Behördenleiter der Wehrbereichsverwaltung ermöglicht, Bescheide des Prüfungsausschusses für Wehrdienstverweigerer anzufechten.

2 Fuß, a.a.O., S. 116.

3 Organ, Organisation, juristische Person, S. 302/303, Fußnote 110.

4 Vgl. auch Heermann, Gemeinderatsbeschluß, S. 120.

5 Organ, Organisation, juristische Person, S. 300 ff.

subjektiven Rechten" spricht¹ und davor warnt, das "subjektive Recht" zum allgemein-rechtstheoretischen Terminus "hochzustilisieren". Er sieht die Gefahr, daß sich bei einer möglichen Gleichsetzung von "eigenständigen Zuständigkeiten" mit den subjektiven Rechten die Konsequenz ergeben könnte, alle Zuständigkeiten seien gerichtlich geltend zu machen bzw. zu verteidigen.

BÖCKENFÖRDE kommt so zu der Frage, wie sich der innerorganisatorische Bereich "pluralisieren" lasse, ohne daß hierbei einem Polyarchismus der Weg bereitet werde.

Unter teilweiser Lösung von der WOLFF'schen Organlehre will er die juristische Person durch die "Organisation" verdrängen². Während WOLFF die Zu rechnungsproblematik des innerorganisatorischen Bereichs zu verdeutlichen und zu lösen suchte³, betont BÖCKENFÖRDE den funktionellen Aspekt, unter welchem er die Organisation als "reale Wirkeinheiten und Wirkzusammenhänge"⁴ bezeichnet. Diese Funktionseinheiten könnten sich ihrerseits wiederum in verschiedene Organisationen untergliedern⁵, so daß das Organisationsrecht nicht mehr als auf die juristische Person als alleiniges Zuordnungssubjekt⁶ zuge-

1 Böckenförde, a.a.O., S. 303.

2 Böckenförde, a.a.O., S. 280 f., 304 f.

3 Vgl. Schnapp, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 288.

4 Böckenförde, a.a.O., S. 298.

5 Böckenförde, a.a.O., S. 299, in Anlehnung an die rechtssoziologischen Ausführungen von Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Verwaltung, S. 73 ff.

6 Schnapp, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 286, spricht in diesem Zusammenhang von der juristischen Person als archimedischem Punkt, auf welchen das Organisationsrecht als "lineares" System hinauslaufe.

schnitten anzusehen sei.

Hiermit hat BÖCKENFÖRDE die begriffliche und gedankliche Voraussetzung geschaffen für die Differenzierung des innerorganisatorischen Raumes¹.

Bei aller immer wieder betonten Andersartigkeit der in diesen so gegliederten Innenbereich möglicherweise vorhandenen Rechtspositionen gegenüber dem herkömmlichen subjektiven Recht² bleibt aber auch er die Antwort auf die Frage schuldig, wie die Rechtsschutzbewehrtheit letztlich angesichts eines Rechtsschutzsystems zu begründen ist, welches die mögliche Verletzung eigener Rechte zur Grundlage der Schutzgewährung macht.

Unter teilweiser Anknüpfung an die Ausführungen von BÖCKENFÖRDE nimmt sich SCHNAPP³ des Problems an.

Er unterstreicht die Feststellung⁴, daß die Frage der Existenz subjektiver Rechte bei den Funktionssubjekten rein sachlicher und nicht axiomatischer Natur sei. Der Beantwortung stehe keine apriorische Sperre entgegen, welche sich aus den herkömmlichen Denkkategorien in bezug auf das subjektive Recht entwickelt

1 Hierdurch wird jedoch die juristische Person, welche im Innenbereich das Dach abgeben würde, unter welchem die Organisation sich entwickelt, weder für den Normsetzer als Adressat, noch für den Außenbereich als dem Bürger gegenüberstehende Einheit - vgl. hierzu: Schnapp, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 286/287-obsolet.

2 Böckenförde, a.a.O., S. 302 ff.

3 Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 211 ff.

4 Vgl. Böckenförde, Organ, Organisation, juristische Person, S. 291, Fußnote 77.

haben könnte. Es sei also der jeweilige Rechtssatz vorbehaltlos daraufhin zu untersuchen, ob er inhaltlich dem Funktionssubjekt ein subjektives Recht gewähre¹.

Da die Zuständigkeitszuweisungen jedoch neutral seien, lasse sich aus diesen nicht beantworten, ob oder wann ein Interesse des Funktionssubjektes hierdurch geschützt werden solle. Damit werde die Frage nach der Existenz subjektiver Rechte im innerorganisatorischen Bereich wissenschaftlich unentscheidbar, so daß die Rechtswissenschaft sich in die Lage versetzt sehe, dem Rechtsanwender begründete Deziisionsvorschläge zu unterbreiten².

Gehen die bisher dargestellten Meinungen von der grundsätzlichen Möglichkeit der Annahme subjektiver Rechte oder diesen hinsichtlich des Rechtsschutzes gleichzustellender Positionen der Funktionssubjekte im Innenrechtsbereich aus, so wird dieses von anderen Autoren abgelehnt.

Dezidiert nimmt RUPP³ hierzu Stellung: "Subjektive Rechte des Organs gegenüber der Organismusperson oder gegenüber anderen Organen auf Ausübung der zugeordneten Organschaft sind schlechterdings ausgeschlossen". Die arbeitsteilige Verteilung der Funktionen des Gesamtorganismus auf einzelne Funktionssubjekte gebe diesen lediglich eine Verpflichtung zur Kompetenzerhaltung und Kompetenzausfüllung⁴.

1 Schnapp, a.a.O., S. 212.

2 Schnapp, a.a.O., S. 217. Auf diese Argumentation wird im Rahmen des eigenen Lösungsvorschlags noch näher einzugehen sein.

3 Grundfragen, S. 99.

4 Rupp, a.a.O., S. 100; vgl. hierzu auch: Böckenförde, Organ, Organisation, juristische Person, S. 291, Fußnote 77.

Gleicher Ansicht ist FORSTHOFF¹, der ein subjektives Recht auf Kompetenz ebenso verneint. Diese gebe dem Funktionssubjekt lediglich die Berechtigung und Verpflichtung die aus dieser folgenden Befugnisse wahrzunehmen².

(b) Die Meinungen in der Rechtsprechung

Soweit die Rechtsprechung sich mit dem Problem des Vorliegens subjektiver Rechte der Funktionssubjekte im Innenbereich befaßt, verzichtet sie auf jeden dogmatischen Ansatz.

Es erscheint deshalb unfruchtbar, hier eine Auflistung der entsprechenden Urteile durchzuführen. Nur die Argumentationsweisen seien in Grundzügen aufgezeigt. Die - in der Regel im Rahmen der Klagebefugnis³ - gemachten Ausführungen werden mehr oder weniger stereotyp in allen weiteren einschlägigen Entscheidungen übernommen⁴.

Aus den zustehenden Kompetenzen werden ohne nähere Begründung rechtsschutzbewehrte Positionen hergeleitet⁵. Häufig zu finden ist auch der Rückgriff auf

1 Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 452.

2 Ebenso: Dagtoglou, Kollegialorgane, S. 69; Hoffmann-Becking, DVBl 1972, S. 299; Bonk, Diss., S. 87 ff.

3 Weitgehend wird die Frage, ob Funktionssubjekte Inhaber eines subjektiven Rechtes sein können, als ein Problem allein der Klagebefugnis und nicht - wie es zutreffend ist - als ein solches der Beteiligtenfähigkeit angesehen.

4 Vgl. hierzu die Kritik von Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 78 f.

5 Vgl. hierzu auch: Hoppe, a.a.O., S. 78.

Art. 19 Abs. 4 GG, ohne daß gefragt oder erörtert wird, ob diese Verfassungsvorschrift im innerorganisatorischen Bereich Anwendung finden kann und auch ohne zu beachten, daß diese grundgesetzliche Norm keine Rechte schafft, sondern zu schützende Individualrechte voraussetzt¹.

Der bayerische VGH² hebt einerseits den Gesichtspunkt hervor, daß das Ratsmitglied im Interesse der Gemeinde und der Wähler zu handeln habe, geht andererseits - ohne nähere Untersuchung - aber davon aus, dem Ratsmitglied werde durch die Wahl auch ein "persönliches Recht" zuteil, die ihm übertragenen Befugnisse im Rahmen der Gesetze auszuüben. Die Behinderung hierin stelle einen Eingriff in dieses Recht dar³.

Das LGV Düsseldorf⁴ sieht eine "eigene Rechtstellung als Mitglieder des Rates" gegeben; der hessische VGH⁵ spricht z.B. hinsichtlich der Rechtsstellung des Bürgermeisters von dessen "Recht zur Ausübung des Amtes".

Ohne nähere Erörterung geht auch das BVerwG⁶ von der Möglichkeit aus, klagende Ratsmitglieder könnten

1 BVerfG E 15, S. 281; 27, S. 305.

2 VerwRspr. Bd. 1, S. 201.

3 Hierbei greift der VGH im Rahmen seiner Argumentation auf seine Rechtsprechung unter der Geltung des VGG zurück - VGH, AS 38, S. 158 -, wo allerdings ebensowenig eine dogmatische Begründung dafür gegeben wird, daß den Mitgliedern eines gemeindlichen Organs (bzw. Organteilen) hinsichtlich der Ausübung ihres Stimmrechtes Verwaltungsrechtsschutz zu gewähren ist.

4 Städtetag 1954, S. 387 ff.

5 VerwRspr. Bd. 1, S. 333 f.

6 Kottenberg/Steffens, Nr. 2 zu § 35 GO.

geltend machen, durch einen Ratsbeschluß in ihren Rechten verletzt zu sein.

Ebenso spricht auch das OVG Münster von der "Rechtsstellung" der Mitglieder des Rates, von der Verletzung spezieller "Mitgliedschaftsrechte" und einer Beeinträchtigung der Organstellung¹. Durchgehend wird durch die gebrauchten Formulierungen die Vermutung genährt, hier werde das "Mitgliedschaftsrecht" des Ratsmitgliedes und auch die "kommunalverfassungsrechtliche Organstellung" mit den herkömmlichen subjektiven Rechten gleichgesetzt, womit sich das Kommunalverfassungsstreitverfahren insoweit, zumindest äußerlich, im Rahmen des auf den Schutz solcher Rechte zielenden Verwaltungsprozesses halten würde.

In seiner Entscheidung vom 2. Februar 1972² stellt das Gericht hingegen unvermittelt fest, "daß es sich bei dem Mitgliedschaftsrecht nicht um ein subjektiv-öffentliches Recht handelt, das dem Schutz eines vom übergeordneten Interesse des Kommunalverbandes verschiedenen Individualinteresse des Organwalters dient". Das Gericht sieht nunmehr³ in der zugeteilten Kompetenz ein verliehenes Recht, welches "der mit der Machtverteilung notwendigerweise verbundenen Individualisierung des Interesses des Kom-

1 Vgl. z.B. VerwRspr. Bd. 11, S. 178 ff.; DÖV 1962, S. 710 (711); JZ 1963, S. 178 (179); DVBl 1968, S. 392 (393).

2 OVG Münster, AS 27, S. 258 (263).

3 A.a.O., S. 263.

munalverbandes an einem ungestörten, auf planmäßiges Zusammenwirken der Organe und Organteile abgestellten, arbeitsteiligen Funktionsablauf entsprechen¹.

Ebenso - wenn auch eher beiläufig - äußert sich das Gericht in seinem Urteil vom 17. Dezember 1976².

(c) Zusammenfassende Würdigung und eigener Lösungsversuch

Die aufgeführten Meinungen in der Literatur und im Ansatz auch die Rechtsprechung - insbesondere das OVG Münster in seiner letztgenannten Entscheidung - gehen verschiedene Wege, um im wesentlichen zum gleichen Ergebnis, der Bejahung rechtsschutzbewehrter Positionen der Funktionssubjekte im kommunalverfassungsrechtlichen Innenbereich zu gelangen.

Gleichgültig, ob weitestgehend in den Kategorien des herkömmlichen subjektiven Rechts gedacht und argumentiert³, oder aber eine Loslösung hiervon propagiert wird⁴, die Frage der Subjektivität der geltend zu machenden Rechtspositionen muß letztlich entscheidendes Kriterium im Rahmen der Rechtsschutzgewährung sein.

1 So schon die entsprechende Argumentation von Bleutge, KVS, S. 81 ff., S. 92 ff. - auf die sich das Gericht auch bezieht. BLEUTGE bezeichnet die durch die genannte Individualisierung der Interessen geschaffenen Positionen allerdings als subjektive Rechte.

2 DVBl 1978, S. 150 (151).

3 Z.B. Kisker, Inanspruchnahme, S. 37 ff.; Tsatsos, Organstreitigkeiten, S. 21 ff.; Ewald, DVBl 1970, S. 237, 241 ff.; Bleutge, KVS, S. 81 ff.

4 Vgl. z.B. Böckenförde, Organ, Organisation, juristische Person, S. 303; Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 116; OVG Münster, AS 27, S. 263.

Es entspricht dem herrschenden Grundgedanken unseres (Verwaltungs-)Rechtsschutzsystems, daß gerichtlicher Schutz nur dann gewährt wird, wenn eine "Verletzung in eigenen Rechten" vorliegt (Art. 19 Abs. 4 GG)¹, d.h., wenn die subjektive Rechtsstellung, die sich aus dem objektiven Recht ergibt, beeinträchtigt worden ist².

Damit ist die Fragestellung bei der "Subjektivität" der den kommunalen Funktionssubjekten zukommenden Rechtspositionen angelangt.

Bei aller möglichen Andersartigkeit dieser Positionen im Innrechtsbereich gegenüber den herkömmlichen subjektiven Rechten bleibt als Kriterium für diese "Subjektivität" letztlich nur das Vorliegen eines "eigenen Interesses" der entsprechenden Subjekte.

Es ist versucht worden, dieses durch die o.a. verschiedenartigen Argumentationsweisen zu belegen. Dabei wurde bereits deutlich, daß, soweit eine Einbeziehung des "subjektiven Interesses" in die Argumentation überhaupt erfolgte, sich eine mehr oder minder starke Abkehr von der etymologischen Bedeutung des Interessenbegriffes vollziehen mußte, da der Terminus dem außergesetzlichen, soziologisch-

1 Die sondergesetzlichen Ausnahmeregelungen können hier außer Betracht bleiben, da sie den Grundsatz nicht antasten.

2 Vgl. Hendrichs, in: v. Münch (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 19, Rdn. 47; Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art. 19, Anm. B 15; Wernicke, in: BK, Art. 19, Anm. II, 4, b; Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 301/302.

psychologischen Bereich entstammt und sich nur auf solche Subjekte beziehen kann, deren Existenz an sich bereits das Vorhandensein "persönlicher" Belange (Interessen) impliziert. Im Rahmen der natürlichen, vorgegebenen Pluralität kann durch das objektive Recht das eine oder andere Interesse für ein bestimmtes Subjekt geschützt werden. Ist der Begünstigte genannt, tritt der Interessenschutz eindeutig hervor; ist lediglich eine Verpflichtung statuiert, bedarf es der Untersuchung, ob und inwieweit subjektive Interessen geschützt werden sollen¹.

Da vor- oder außergesetzliche Funktionssubjekte jedoch nicht denkbar sind, diese vielmehr erst mit der Schaffung entsprechender Zuständigkeiten existent werden², ist das Vorhandensein eines "subjektiven Interesses" im obigen Sinne bei diesen schlechterdings ausgeschlossen³.

Hinzu tritt, daß die Funktionssubjekte ihre Daseinsberechtigung von der juristischen Person ableiten, durch welche sie als Kompetenzkomplexe erst geschaffen sind. Letztlich ist also auch unter diesem Gesichtspunkt ein originäres Eigeninteresse

1 Vgl. hierzu: Bachof, Reflexwirkung und subjektive Rechte, S. 296.

2 Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 217.

3 Ebenso: Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 63 ff.; vgl. weiter: Bleutge, KVS, S. 96 f.

nicht vorstellbar¹.

Denkbar ist somit allein ein "oktroiiertes" Interesse, in dem Sinne, daß in der Schaffung des Kompetenzkomplexes die Notwendigkeit dessen Schutzes impliziert sein muß. Damit wird der Begriff zum Argumentationstopos im Rahmen der Umschreibung der Frage, ob ein Funktionssubjekt bei Kompetenzeinbrüchen sich selbst zur Wehr setzen können soll².

Ausgehend von dieser Konstruktion ist die Annahme subjektiver Rechte bei innerorganisatorischen Funktionssubjekten möglich, wobei hier jedoch, wie von BÖCKENFÖRDE³ betont, die Lösung vom herkömmlichen Begriff des subjektiven Rechtes zivilistischer Prägung stattgefunden hat. Auch diesem kommt nunmehr die Bedeutung eines Argumentationspunktes im Rahmen des Rechtsschutzsystems zu⁴.

Für die Annahme solcherartiger subjektiver Rechte hat der Gesetzgeber selbst ein prägnantes Beispiel gegeben.

1 Vgl. Bleutge, KVS, S. 96 f., der mit Recht darauf hinweist, daß bei konsequenter Fortführung dieses Gedankenganges, insbesondere unter Zugrundelegung eines umfassenden Staatsbegriffes, nach welchem der Staat als einheitliches Zurechnungssubjekt für jede Ausübung hoheitlicher Gewalt zu sehen ist - vgl. z.B. Jesch, DÖV 1960, S. 740; BVerfG, NJW 1967, S. 1411 -, dazu führen würde, daß im gesamten staatlichen Organisationsbereich subjektive Rechte ausgeschlossen wären. Die Existenz solcher Rechte ist aber, z.B. bei den Gemeinden, seit langem anerkannt - vgl. z.B. Thoma, HdDStR Bd. II, S. 613 f.; Stern, in: BK, Art. 28, Rdn. 174 ff.; Schnapp, Ersatzvornahme (Diss.), S. 15 m.w.N.; Goessl, Organstreitigkeiten, S. 57.

2 Vgl. Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 217.

3 Organ, Organisation, juristische Person, S. 302 f.

4 Ebenso wohl Böckenförde, a.a.O.

Mit der Vorschrift des Art. 93 Abs. 1, Satz 1 GG, wonach das Bundesverfassungsgericht über die Auslegung des Grundgesetzes entscheidet "aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorganes oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorganes mit eigenen Rechten ausgestattet sind", ist dieser Weg gegangen, indem die Organkompetenzen als "Rechte" apostrophiert werden und als solche den Anspruch auf Rechtsschutz mit sich bringen (Verfassungsrechtlicher Organstreit)¹.

Gleiches gilt für die sich aus der verfassungsmäßig in Art. 28 Abs. 2 GG festgeschriebenen Selbstverwaltungsgarantie ergebenden subjektiven Rechtspositionen der Gemeinden².

Mangels einer dem Art. 93 Abs. 1, Satz 1 GG entsprechenden Vorschrift für den Fall der Streitigkeit kommunaler Funktionssubjekte über den Umfang ihrer Kompetenzen und aufgrund der Tatsache, daß die Kompetenzzuweisungen an sich neutral sind, d.h., sich diesen nicht unmittelbar entnehmen läßt, ob die Zuordnung mit der Möglichkeit zur gerichtlichen Geltendmachung verbunden ist³, läßt sich die Frage,

1 Vgl. z.B. Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 93, Anm. 10 ff.

2 Vgl. Thoma, HdDStR Bd. II, S. 613 f.; Stern, in: BK, Art. 28, Rdn. 174 ff.; Schnapp, Ersatzvornahme (Diss.), S. 15; ders., Städtetag 1969, S. 537; Goessl, Organstreitigkeiten, S. 57; a.A. Gönnnenwein, Gemeinderecht, S. 217 ff.

3 Vgl. Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 217; im Ergebnis ebenso: Henrichs, DVBl 1959, S. 552, der beinahe resignierend feststellt, daß es sich sowohl bei der Bejahung als auch bei der Ablehnung des Vorhandenseins subjektiver Rechte im innerorganisatorischen Bereich um Theorien handele, die kaum zu beweisen seien, weil sich aus dem Gesetz nichts ergebe.

ob der Kompetenzträger sich gegen Kompetenzeinbrüche zur Wehr setzen kann, oder besser: können soll, nur aus dem kommunalverfassungsrechtlichen Gesamtzusammenhang beantworten. Die Frage ist also, ob die Kompetenzverteilung die Notwendigkeit des Rechtsschutzes der sich hieraus ergebenden Positionen beinhaltet¹.

(aa) Sinn und Zweck der Kompetenzverteilung

Jede Kompetenzverteilung bringt in der Regel eine Arbeitsteilung innerhalb der Verwaltung mit sich². Würde sich hierin deren Bedeutung erschöpfen, wie dieses einige Autoren annehmen wollen³, ließe sich die Existenz hieraus resultierender rechtsschutzbewehrter Positionen ad hoc verneinen.

Gleichzeitig werden jedoch mit der Kompetenzverteilung Machtbefugnisse aufgeteilt⁴ und selbständige Zentren der Willensbildung geschaffen⁵.

"Macht" in diesem Sinne bedeutet nicht notwendig die Möglichkeit, eine direkt nach außen wirkende Maßnahme durchzuführen; die Ausübung von "Macht" ist faktisch durchaus z.B. auch in dem Vorfeld hierzu, d.h., im inneren Meinungsbildungsprozeß, welcher der Maßnahme vorangeht, möglich. Am Beispiel der hier zu

1 Schnapp, a.a.O., S. 217.

2 Vgl. z.B. Bleutge, KVS, S. 99; Lorenz, AÖR 93 (1968), S. 318.

3 Vgl. etwa Rupp, Grundfragen, S. 99 f.; Bonk, Diss., S. 92; Becker-Birk, Insihprozeß, S. 50 für das Verhältnis von Verwaltungsbehörden untereinander.

4 So auch: Jesch, DÖV 1960, S. 145, Fußnote 54; Bleutge, KVS, S. 105.

5 Vgl. auch: Kuntzmann-Auert, Rechtsstaat und kommunale Selbstverwaltung, S. 59/60.

untersuchenden Ausschüsse läßt sich das Prinzip der Machtverteilung und der Schaffung selbständiger Willensbildungszentren prägnant darstellen.

Die Möglichkeit der beschließenden Ausschüsse, unmittelbar Entscheidungen zu treffen, die der Körperschaft zugerechnet werden¹, stellt eine solche Macht dar; die den Bürger betreffende Außenwirkung tritt unmittelbar ein, es sei denn, der Beschluß wird gem. § 41 Abs. 3, Satz 1 GO-NW zum Gegenstand der Nachprüfung durch den Rat gemacht. Eine grundsätzsätzliche direkte Außenwirkung wird hierdurch jedoch nicht in Frage gestellt.

Ein vorbereitender Ausschuß hat zwar lediglich die Kompetenz, ein Problem zu beraten und dem Rat einen Dezisionsvorschlag zu unterbreiten, jedoch lehrt die Erfahrung, daß diese Beschlußvorschläge vom Rat übernommen werden². Eine andere Möglichkeit bleibt dem Rat aufgrund der übergroßen Arbeitsbelastung und häufig auch mangelnden eigenen Fach- und Sachkenntnis nicht³.

Somit erfolgt auf diese Weise eine rechtlich zwar mittelbare, faktisch aber unmittelbare Machtentfaltung im Sinne einer "Vorentscheidung"; dem Plenum

1 Vgl. Bleutge, KVS, S. 47.

2 Vgl. Seeger, Die Gemeinde (Baden-Württemberg) 1974, S. 432 ff.; Bremer, Diss., S. 12; sowie die Zahlenbeispiele bei Grauhan, Politische Verwaltung, S. 276; siehe auch oben A.

3 Leisner, DÖV 1969, S. 411, spricht von "Redaktionsgewalt" der insoweit gleichzusetzenden parlamentarischen Ausschüsse.

kommt in der Regel allein die Funktion als "Ratifizierungsorgan" zu¹.

Sowohl die Beschluß- als auch die Beratungskompetenz führt letztlich also dazu, daß die (All-) Macht der Körperschaft - unter anderem - verteilt wird auf in Beratung und Beschlußfassung² unabhängige Ausschüsse³.

(bb) Kompetenzverteilung und demokratische Selbstverwaltung

Durch die Machtverteilung ist, um mit KISKER⁴ zu sprechen, ein System von "checks and balances" statuiert. Es sind reale Einflußmöglichkeiten geschaffen⁵, die dem Gemeindebürger zugute kommen, indem sie ihn vor Kompetenz- und Machtfülle schützen.

Es fragt sich jedoch, ob dieses System allein Ausdruck einer von Zweckmäßigkeitserwägungen getragenen Geschäftsverteilung ist, aus welcher reflektorisch die Begünstigung des Bürgers folgt, oder aber, ob die Verhütung freiheitsgefährdender Machtkumulation aus höherrangigen rechtlichen Gesichtspunkten folgt, welche den Schutz des Bürgers im Auge haben.

1 Derlien/Gürtler/Holler/Schreiner, Kommunalverfassung und kommunales Entscheidungssystem, S. 102.

2 Vgl. Bleutge, KVS, S. 98.

3 Eine klare "Machtverteilung" ist in den dualistischen Gemeindeverfassungssystemen in der Trennung der Zuständigkeiten von Rat und Hauptverwaltungsbeamten zu sehen - vgl. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 308/309.

4 Insichprozeß, S. 38.

5 Ewald, DVBl 1970, S. 242.

Geht man davon aus, daß das demokratische Prinzip in dem dem Grundgesetz zugrundeliegenden Sinne eine bestimmte Art und Weise politischer Herrschaft bezeichnet¹, ein Verfahren zur Legitimation, Neutralisation und Kontrolle staatlicher Machtausübung, so handelt es sich letztlich um einen Grundsatz der Organisation des staatlichen Willensbildungs- und Entscheidungsfindungsprozesses². Dieser hat seine Ausformung in den staatsverfassungsrechtlichen Strukturbestimmungen gefunden, u.a. in dem Gewaltentrennungsprinzip.

Zwar kann dieser Grundsatz der Gewaltentrennung als demokratisches Strukturprinzip nicht unmittelbar im kommunalverfassungsrechtlichen Bereich herangezogen werden, da die Funktion der Gemeinde, auch die Satzungsgebung, insgesamt dem exekutiven Bereich zuzuordnen ist³. Es muß jedoch auch hier der diesem zugrundeliegende "materielle" Demokratiegedanke Anwendung finden⁴.

Durch Art. 28 Abs. 1 GG sind auch die Kommunen diesem materiellen Demokratiegebot verpflichtet, da das

1 Hennis, Demokratisierung, S. 23.

2 Hans H. Klein, Demokratie und Selbstverwaltung, S. 169/170.

3 Gillner, Demokratische Gemeinde 1961, S. 169; Kottenberg/Rehn, GO, § 7, Anm. II, 1. Rauball, GO, § 7, Anm. 2 und OVG Münster, AS 26, S. 230 kommen zum gleichen Ergebnis, obwohl sie davon ausgehen, daß der Rat sowohl gesetzgebendes als auch verwaltendes Organ sei.

4 Vgl. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 308 ff.; Köttgen, DVBl 1952, S. 422; Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Ed. II, § 87 II, a, 1 unter Hinweis auf OVG Münster, AS 12, S. 177 ff.; Gillner, Demokratische Gemeinde 1961, S. 169. Für ein unmittelbares Eingreifen des Gewaltenteilungsprinzips: Vgl. v. Hoffmann, DÖV 1954, S. 327; v. Mangoldt/Klein, Grundgesetz Bd. I, Art. 28, Anm. 3, c.

Grundgesetz ausdrücklich die "verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern" erfassen will, wodurch die verfassungsmäßige Ordnung innerhalb eines Landes einschließlich der Verfassung der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften gemeint ist¹.

Das Prinzip der demokratischen Selbstverwaltung findet darüber hinaus mehrfach Anklang in den Vorschriften der GO-NW. Bezeichnet § 1 GO die Gemeinden als "Grundlagen des demokratischen Staatsaufbaus", so bestimmt § 7 GO, als Folgerung hieraus, daß die Verwaltung der Gemeinde ausschließlich durch den Willen der Bürgerschaft bestimmt werde. Dieser Grundsatz wird in § 27 Satz 1 GO nochmals wiederholt².

Mangels strukturmäßiger Festschreibung - bis auf das Prinzip der repräsentativen Demokratie (Art. 28 Abs. 1, Satz 2 GG)³ - muß ein dem Demokratiegebot entspringender Kernbereich dem Grundgesetz entnommen und auf die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern, d.h., auch in den Kommunen übertragen werden⁴.

Dieses führt zwar nicht dazu, daß die Grundsätze des demokratischen Rechtsstaates im vorstaatlichen, überpositiven Bereich anzusiedeln sind und damit dem Ver-

1 Stern, in: BK, Art. 28, Rdn. 46 m.w.N.; Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art. 28, B, 2, b; Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Bd. 2, § 28, Rdn. 19, welcher keine Unterscheidung zwischen der Formulierung in Art. 28 Abs. 1 GG - "in den Ländern" - und der des Art. 28 Abs. 3 GG - "der Länder" - macht.

2 Vgl. hierzu: Kottenberg/Rehn, GO, § 1, Anm. I; § 7, Anm. I; § 27, Anm. I; Köttgen, HKWP Bd. II, S. 186/187.

3 Die Durchbrechbarkeit für kleine Gemeinden gem. Art. 28 Abs. 1, Satz 3 GG kann hier und im weiteren unberücksichtigt bleiben.

4 Siehe oben Fußnote 1.

fassungsrecht ein vorgefaßter Demokratiebegriff substituiert ist¹, jedoch müssen die durch das Grundgesetz vorgenommenen Ausformungen des Demokratiegebotes auf ihren Wesensgehalt zurückgeführt werden, um hieraus eine übertragbare Quintessenz zu filtern. Der Gedanke der Gewaltenteilung, welcher im wesentlichen auf LOCKE² und MONTESQUIEU³ zurückgeht⁴, beruht einerseits auf dem Bestreben, übermäßige Machtkonzentration zu verhindern, welche eine Gefahr für die Freiheit des Bürgers darstellt, und andererseits auf dem Gedanken, die Teilhabe vieler an der Macht zu verwirklichen⁵.

Den Schluß, die oben gesuchte Quintessenz, stellt KARSCH⁶ heraus: "...das Grundgesetz verbietet nachdrücklich die Machtkonzentration qua Kompetenzkumulation".

Es ist also festzustellen, daß die Kompetenzverteilung im kommunalen Bereich eine Ausformung des Gebotes demokratischer Selbstverwaltung darstellt⁷.

1 Hans H. Klein, Demokratie und Selbstverwaltung, S. 165/166; so aber Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art. 28 B, 2, b sowie Einf. I. D., 1, 2; zur Kritik vgl. Schnapp, in: v. Münch, Grundgesetz Bd. 1, Art. 20, Rdn. 11 ff.

2 "Two treatises on government".

3 "De l'esprit des lois".

4 Diese konnten wiederum auf antikes Gedankengut, insbesondere von Platon, zurückgreifen - vgl. zur Übersicht: Forsthoff, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 857 ff.

5 Vgl. Schnapp, in: v. Münch, Grundgesetz Bd. 1, Art. 20, Rdn. 32; ebenso, Werner Weber, Teilung der Gewalt, S. 255, welcher die Gewaltentrennung treffend als "Problem der Teilhabe an der politischen Macht" sieht; weiter hierzu: Hesse, Grundzüge, S. 192; BVerfG E 5, S. 85 (199); 9, S. 268 (279) m.w.N.; 22, S. 106 (111); 30, S. 1 (27).

6 Demokratie und Gewaltenteilung, passim, insbesondere S. 111.

7 Ebenso Bleutge, KVS, S. 106.

Dieses bedeutet jedoch nicht, daß hieraus das Erfordernis zu folgern wäre, die Kompetenzen in einer bestimmten Art und Weise zu verteilen. Die Entscheidungen müssen im einzelnen der Körperschaft im Rahmen ihrer Selbstverwaltungshoheit überlassen bleiben¹.

Hat die Kompetenzverteilung jedoch stattgefunden, d.h., sind Funktionssubjekte als Träger von Kompetenzen geschaffen, so ist hierin eine gezielte, - auch - dem Schutz des Bürgers dienende Maßnahme zu erblicken².

(cc) Kompetenz als subjektives Recht

Die Herausstellung der Tatsache, daß die innerorganisatorische kommunalverfassungsrechtliche Kompetenzverteilung auf die einzelnen Funktionssubjekte dem grundgesetzlichen Demokratiegebot entspricht, welches auch im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung Geltung beansprucht, beinhaltet jedoch noch keine ab-

1 Die Frage, ob und inwieweit ein - in Relation zur Größe der Kommune stehendes - Mindestmaß an Kompetenzaufteilung, über den in der Gemeindeordnung festgelegten Umfang hinausgehend, aus dem Demokratiegebot des Art. 28 Abs. 1 GG gefordert werden könnte, soll hier nicht erörtert werden. Dieses ist nicht Gegenstand der Untersuchung, da sich aus einem solchen möglichen Verfassungsgebot jedenfalls keine subjektiven Rechte der innerkommunalverfassungsrechtlichen Funktionssubjekte herleiten lassen. Hier kann lediglich der Bereich von Interesse sein, in welchem eine Kompetenzverteilung auf die Funktionssubjekte erfolgt ist, d.h., die Verteilung der Macht stattgefunden hat. Insoweit lassen sich Parallelen ziehen, ohne daß dieses hier vertieft werden soll, zu der Innehabung subjektiver Rechte durch die bestehende Gemeinde unter dem Gesichtspunkt der Selbstverwaltungsgarantie und dem Mangel eines subjektiven Rechtes auf Bestand der Gemeinde. Vgl. Jesch, DÖV 1960, S. 745 mit Fußnote 51; Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art. 28, Anm. 5 m.w.N.; Schnapp, Ersatzvornahme (Diss.), S. 14 f.

2 Bleutge, KVS, S. 106.

schließende Beantwortung der aufgeworfenen Frage, ob diesen Funktionssubjekten ein eigenes, subjektives Interesse an dieser Kompetenz zuzuerkennen ist.

Da den Funktionssubjekten ein solches Interesse im soziologisch-psychologischen Sinne a priori nicht zukommen kann, wurde oben von einem "oktroyierten" Interesse gesprochen¹. Damit sollte begrifflich eine Brücke geschlagen werden zwischen dem ein Eigeninteresse voraussetzenden subjektiven Recht, welches wiederum grundsätzlich Voraussetzung eines Rechtsschutzanspruches ist² und einer möglichen Erkenntnis, daß das Funktionssubjekt sich im Falle von Kompetenz einbrüchen selbst soll zur Wehr setzen können.

Der Argumentationskreis schließt sich dort, wo festgestellt ist, daß diese Notwendigkeit zur Verteidigung der Kompetenzen besteht. Dann ist dem Funktionssubjekt ein eigenes Interesse und damit ein subjektives Recht an der Kompetenz zuzuerkennen. Die Schaffung der Kompetenz würde die Fähigkeit, diese gegen Einbrüche zu schützen, implizieren.

Stellt die Einhaltung demokratischer Grundsätze eine Grundanforderung an die kommunale Selbstverwaltung dar und ist wesentlicher Bestandteil des Demokratiegebotes die Verteilung der Macht auf verschiedene, unabhängige Träger, so muß die Kompetenzverteilung im kommunalverfassungsrechtlichen Bereich als elementares Prinzip demokratischer gemeindlicher Selbstver-

1 Siehe oben unter (c).

2 Vgl. z.B. Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 301.

waltung angesehen werden¹.

Die Bedeutung der Kompetenzverteilung ist also keineswegs beschränkt auf eine "optimale Organisation des Sachverstandes"², sondern dient der Verwirklichung des auch im gemeindlichen Bereich geltenden Demokratiegebotes³.

Soll dieses Gebot letztlich nicht doch leerlaufen, so ist nicht nur die - formelle - Kompetenzverteilung hiervon umfaßt, sondern auch die Einhaltung der hieraus materiell resultierenden Machtbeschränkung. D.h., es muß gleichzeitig auch die jederzeitige Überprüfbarkeit der Kompetenzeinhaltung gewährleistet sein.

1 Nicht umfaßt sein können hier solche Kompetenzen, die sich lediglich als weisungsgebundene "Ausführungszuständigkeiten" darstellen. - Auf die Weisungsunabhängigkeit als grundlegendes Kriterium für das Vorliegen rechtlich geschützter Individualinteressen stellt insbesondere Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 69 ff., insbesondere S. 76 ab. - Diese scheiden a priori aus, da sie nicht dem - inneren - Kommunalverfassungsrecht entspringen können. Entsprechend der oben im Anschluß an PAGENKOPF gegebenen Definition bezieht sich das Kommunalverfassungsrecht auf die Gesamtheit der Rechte, die sich über die innere Organisation der Gemeinden verhalten und sich auf die Art und Aufgabe der verschiedenen Gemeindeorgane (Funktionssubjekte), ihre Bildung und Zusammensetzung, ihr Verhältnis zueinander und ihre Zuständigkeit für die kommunale Willensbildung beziehen. - Pagenkopf, Kommunalrecht Bd. 1, § 20 I - In diesem Bereich sind die oben sogenannten Ausführungszuständigkeiten nicht vorstellbar, sie gehören dem inneren Verwaltungsrecht an. - Zu der Unterscheidung vgl. auch Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 19/20 sowie Köttgen, HKWP Bd. I, S. 186 ff.

2 So aber Bonk, Diss., S. 92 f.

3 Ebenso: Köttgen, HKWP Bd. I, S. 195; Bleutge, KVS, S. 106.

Im Lichte der obigen Ausführungen versteht es sich nahezu von selbst, daß hierzu die Beanstandungspflicht des Hauptverwaltungsbeamten gem. § 39 Abs. 2, 3 GO-NW ebensowenig ausreichen kann, wie das Beanstandungs- und Aufhebungsrecht der Aufsichtsbehörde gem. § 108 GO-NW¹.

Dieses ist nur teilweise eine Frage der Effizienz dieser Verfahren. Weder dem Gemeindedirektor noch der Aufsichtsbehörde kommt im Rahmen eines Beanstandungsverfahrens eine neutrale Stellung zu. Hat ersterer als führendes kommunales Funktionssubjekt ein vitales Interesse an einem reibungslosen Willensbildungsprozeß und Verwaltungsablauf, welches ihn bei zweifelhaften Fragen von einer Beanstandung - mit aufschiebender Wirkung (§ 39 Abs. 2, Satz 2 GO) - absehen lassen wird, so steht die Aufsichtsbehörde, die die Einordnung der Gemeinde in das gesamtstaatliche Gefüge zu überwachen hat² als Wahrer des Allgemeininteresses den örtlichen Sonderinteressen gegenüber.

Darüberhinaus ist das Einschreiten der Aufsichtsbehörde in deren pflichtgemäßes Ermessen gestellt ("kann")³, so daß nicht jeder rechtswidrige Beschluß zu beanstanden ist, lediglich das Nichteinschreiten gegen rechtsverletzende Beschlüsse in wichtigen Angelegenheiten würde eine Pflichtverletzung darstellen⁴,

1 So aber: Bonk, Diss., S. 93 ff.

2 Vgl. Bleutge, KVS, S. 125; Kiock, Diss., S. 138.

3 Vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 108, Anm. I; Kiock, Diss., S. 139.

4 Vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 108, Anm. I.

ohne daß jedoch in aller Regel von irgendeiner Seite ein Einschreiten erzwingbar wäre, was sich zwangsläufig aus dem Gedanken ergibt, daß diese Aufsicht grundsätzlich allein der Einhaltung objektiven Rechts dient, nicht jedoch der Durchsetzung individueller Interessen¹.

Gleiches gilt auch für die Beanstandungspflicht des Gemeindedirektors².

Somit stellen diese Mittel eine stumpfe Waffe im Kampf um die Einhaltung demokratischer Machtverteilung im innerkommunalverfassungsrechtlichen Bereich dar. Dabei ist weiter zu beachten, daß die Pflicht des Gemeindedirektors zur Beanstandung dort nicht eingreift, wo es sich um Beschlüsse vorbereitender Ratsausschüsse handelt³. Für diesen Fall und überall dort, wo weder Rat noch Ausschüsse tätig werden, versagt die Beanstandungspflicht des Hauptverwaltungsbeamten völlig, insbesondere dann, wenn dieser selbst als kommunales Funktionssubjekt in einen Kompetenzstreit verwickelt ist. Der wesentliche Gesichtspunkt, welcher die judikative Kontrollmöglichkeit⁴ verlangt, ist das Demokratiegebot an sich.

1 Vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 106, 106 a, Anm. III, 3; Oexmann, Diss., S. 191 ff.; Kiock, Diss., S. 139.

2 Bleutge, KVS, S. 203.

3 Vgl. Wiethaup, Gemeindehaushalt 1972, S. 181; Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 314; Oexmann, Diss., S. 115.

4 Die Aufsichtsbehörde wird im Rahmen der Beanstandung nicht rechtsprechend tätig - vgl. Schnapp, Ersatzvornahme (Diss.), S. 106 f. m.w.N.; Oexmann, Diss., S. 46 ff. m.w.N.; a.A. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 369.

Das hieraus fließende Erfordernis der Kompetenz- und damit Machtverteilung im oben beschriebenen Sinne verlangt nach einer neutralen, außerhalb des kommunalverfassungsrechtlichen Bereichs stehenden Instanz, welche im Falle der Kompetenzstreitigkeiten von demjenigen Funktionsträger, welcher seinen Zuständigkeitsbereich verletzt sieht, angerufen werden kann und - vorbehaltlich des Vorliegens der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Klage - tätig werden muß. Nur auf diese Weise ist dem materiellen Demokratiegebot Genüge getan.

Dieses bedeutet, daß den kommunalen Funktionssubjekten ein durch das Demokratiegebot oktroyiertes subjektives Interesse an ihrer Kompetenz zukommt, soweit ein solches zum Schutz des Gemeindebürgers im obigen Sinne notwendig ist¹.

Eine solche Notwendigkeit ist ausgeschlossen, wo der Bürger selbst betroffen ist und sich unmittelbar zur Wehr setzen kann, um seine Interessen zu schützen.

Dieses soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden²: Die Öffentlichkeit von Ratssitzungen gem. § 33 Abs. 2, Satz 1 GO-NW sowie von Ausschusssitzungen gem. § 33 Abs. 2, Satz 1 i.V.m. § 42 Abs. 2, Satz 1 GO-NW hat der Rat in der Geschäftsordnung im Hinblick auf solche Angelegenheiten beschränkt

1 Im Ergebnis grundsätzlich ebenso: Bleutge, KVS, S. 107; Klock, Diss., S. 67; vgl. weiter: Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 302: "...kann ein Klagerecht des Kompetenzinhabers nur dann angenommen werden, wenn ihm die Rechtsordnung die Kompetenz als quasi eigenes Recht etwa zur Erfüllung einer Kontrastrolle zugewiesen hat".

2 Im Anschluß an das Urteil des VG Münster vom 1. März 1977 - 2 K 652/76.

die nach § 21 Abs. 1 GO-NW der Pflicht der Mitglieder zur Verschwiegenheit unterfallen¹ (Liegenschaftssachen, Personalsachen etc.).

In einer - viel diskutierten - Grundstücksangelegenheit wird durch Beschluß des hiermit befaßten Ausschusses die Öffentlichkeit von der Beratung ausgeschlossen. Hiergegen klagen einige Mitglieder - aus ihrem Status als Einzelmitglieder des Ausschusses heraus - unter Berufung auf das Öffentlichkeitsgebot.

Es stellt sich - nach hier vertretener Ansicht, im Rahmen der Beteiligtenfähigkeit dieser Ausschußmitglieder - die Frage, ob dieses Öffentlichkeitsgebot den Klägern ein subjektives Recht vermittelt².

Dieses bejaht das erkennende Gericht³. Seine diesbezügliche Begründung stützt es im Kern auf die Argumentation, daß das Recht zur Stellung von Anträgen, durch welche der Willensbildungsprozeß in Gang gesetzt werde, gleichzeitig einen Anspruch darauf enthalte, daß sich dieser Prozeß "innerhalb eines Rahmens abwickelt, dessen Grenzen und Inhalt durch die Grundregeln eines parlamentarischen, demokratischen Rechtsstaates geprägt werden". In diesen Rahmen gehöre auch das Prinzip der Öffentlichkeit⁴.

1 Vgl. VwVO Nr. 2 zu § 22 GO-NW.

2 Das Gericht prüft dieses im Rahmen der Klagebefugnis da es die Beteiligtenfähigkeit der Ausschußmitglieder gem. § 61 Nr. 1 VwGO als gegeben ansieht; siehe hierzu oben aa).

3 A.a.O., S. 17 f.

4 Dabei beruft sich das Gericht auf das Urteil des VG Köln, Kottenberg/Steffens, Nr. 3 zu § 45 GO-NW.

Die Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips auch im kommunalen Bereich steht außer Frage¹.

Dieses kann systematisch aber nicht der Ansatzpunkt sein, der die positive Beantwortung der obigen Fragen nach dem Vorliegen eines diesbezüglichen subjektiven Rechtes des einzelnen Mitgliedes nach sich zieht. Aus der Qualität eines objektiven Rechtssatzes und seiner Bedeutung im Rahmen der Verfassungsgrundsätze allein ist nicht zu folgern, daß dieser jedem mit seiner Handhabung betrauten Subjektiv zugeordnet ist und ihm ein subjektives Recht verleiht.

Abzustellen ist auf die Notwendigkeit, den kommunalen Funktionssubjekten - bejahendenfalls wohl allen - im Sinne demokratischer Machtverteilung ein subjektives Interesse an der Einhaltung des Öffentlichkeitsgebotes zu oktroyieren². Wurde dieses oben bezüglich der einzelnen, rechtssatzmäßig zugewiesenen Kompetenzbereiche bejaht, da das grundgesetzliche Demokratiegebot die Überprüfbarkeit von neutraler Stelle, d.h., durch die Judikative, fordert, so ist ein solches Interesse an der Einhaltung des Öffentlichkeitsgebotes mit den gleichen Argumenten zu verneinen.

Hier besteht die obengenannte Notwendigkeit der Anerkennung eines subjektiven Rechtes nicht, da die gerichtliche Überprüfung eines die Öffentlichkeit ausschließenden Beschlusses von Seiten eben dieser Öffentlichkeit, d.h. den diese bildenden Individuen

1 Vgl. hierzu: VGH Mannheim, AS 22, S. 17 (19); VG Freiburg, NJW 1974, S. 762 (763).

2 Siehe oben unter (bb).

geltend gemacht werden kann¹. Ihnen steht ein subjektives öffentliches Recht auf Teilnahme an den Rats- und Ausschusssitzungen zu, so daß sie im Fall des Ausschlusses der Öffentlichkeit verwaltungsgerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen können².

Ohne das genannte derivative Interesse kann ein subjektives Recht des Mitgliedes nicht vorliegen, da ein originäres "funktionssubjektives" Interesse, wie oben³ herausgestellt, nicht denkbar ist.

Der Argumentation des VG Münster zu folgen, hieße, für den Innenrechtsbereich das anzuerkennen, was im Außenrechtsbereich grundsätzlich abgelehnt wird: ein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch - hier, ein Anspruch darauf, daß nur, in formeller wie auch materieller Hinsicht, gesetzmäßige Beschlüsse gefaßt bzw. Maßnahmen getroffen werden⁴.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, daß jeder kompetenzverleihende innerorganisatorische Rechtssatz daraufhin zu untersuchen ist, ob er die obengenannte Notwendigkeit für das Funktionssubjekt mit sich bringt, die Kompetenz gegen mögliche Einbrüche zu verteidigen. Dieses ist, um es nochmals zusammen-

1 Der Umstand, daß der Öffentlichkeitsgrundsatz ein Recht auf Teilnahme des einzelnen Bürgers schafft, hat auch das VG Münster in seinem beispielhaft angezogenen Urteil - S. 19 - gesehen. Vgl. auch: Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 284/285; VG Freiburg, NJW 1974, S. 762.

2 VG Freiburg, a.a.O.; siehe auch: Pottmeyer, JA 1977, S. 470 a.E.

3 Siehe oben unter (c).

4 Vgl. Menger, System, S. 119, 165; Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. I, § 43, I, b, 1; Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 238 f.; Bartelsperger, DVBl 1970, S. 32 f.; Bleutge, KVS, S. 295; Bayerischer VGH, AS n.F. 24, S. 129 (130); ders., JZ 1977, S. 129; BVerfG, DÖV 1972, S. 350.

fassend hervorzuheben, dann der Fall, wenn der entsprechende Satz nicht gleichzeitig eine den Bürger im Außenverhältnis begünstigende Position schafft, deren Einhaltung dieser im Klagewege durchsetzen kann¹. Dabei würde - inzidenter - auch die Frage der Kompetenzeinhaltung überprüft.

1 Zu einem rechtsdogmatisch vergleichbaren Ergebnis gelangt SCHNAPP - Ersatzvornahme, (Diss.), S. 90 ff., insbesondere S. 99 - im Rahmen der Frage, ob die Aufsichtsbehörde der Gemeinde gegenüber dort eine Handlung herbeiführen darf, wo einem Dritten, z.B. dem Bürger oder einem Bediensteten, ein Anspruch (subjektives Recht) auf Vornahme eben dieser Handlung zusteht: Die Garantiefunktion der Aufsichtsbehörde, für SCHNAPP wesentliches Merkmal des subjektiven Rechts - a.a.O., S. 99 -, fehle dort, wo ein Dritter in der Lage sei, diese Funktion, d.h. die Wahrung der Rechtsordnung, welche der Aufsichtsbehörde obliege, durch Geltendmachung seiner Ansprüche auszuüben. Wo z.B. der obengenannte Bürger ein subjektives Recht auf Zulassung zu einer gemeindlichen Einrichtung habe (§ 18 Abs. 2 GO-NW) sei der Staat, die Aufsichtsbehörde, als Träger eines subjektiven Rechts - gerichtet auf Anweisung der Gemeinde, dem Bürger die Benutzung der Einrichtung zu gewähren (§ 109 Abs. 1 GO-NW), oder die entsprechende Ersatzvornahme (§ 109 Abs. 2 GO-NW) - in jedem Falle ausgeschlossen. Dieses gelte auch für den Fall, daß der Bürger die Durchsetzung seines Rechtes nicht betreibe; die Tatsache, daß das öffentliche Interesse - wahrzunehmen durch die Aufsichtsbehörde - nicht weiter gehe als das private, das öffentliche Interesse erschöpfe sich bereits in der Gewährung des subjektiven Rechts an den einzelnen - a.a.O., S. 100 -, könne auch hier ein subjektives Recht des Staates nicht vorliegen: volenti non fit iniuria. Auf letzteren Grundsatz brauchte im Rahmen dieser Untersuchung nicht zurückgegriffen zu werden, da nach hier vertretener Ansicht ein subjektives Recht der Funktionssubjekte lediglich dort vorhanden sein kann, wo ein identisches Recht einer außerhalb des organisatorischen Bereichs stehenden Person nicht existiert.

(4) Relativität der Beteiligtenfähigkeit

Damit sind die Kriterien für die Beteiligtenfähigkeit der kommunalen Funktionssubjekte im Verwaltungsprozeß herausgestellt.

Ebensowenig wie jede Kompetenz im innerorganisatorischen Bereich eine rechtsschutzbewehrte Position, ein subjektives Recht schafft, eröffnet die Innehabung eines solchen Rechtes die umfassende Beteiligung am Verwaltungsprozeß.

Die zugrunde gelegte Vorschrift des § 61 Nr. 2 VwGO läßt die Beteiligung zu, "soweit ihnen (hier: den Funktionssubjekten)¹ ein Recht zustehen kann".

Die Tatsache, daß alle Rechtsfähigkeit, unabhängig davon, ob geboren oder gekoren, nur die Zurechnungsendsubjektivität in bestimmten Rechtsrelationen² zum Ausdruck bringt³, muß bei der weiteren Prüfung der Beteiligtenfähigkeit kommunaler Funktionssubjekte dazu führen, daß der spezielle, sich im Streit befindliche Sachverhalt dahingehend zu unter-

1 Einfügung des Verfassers.

2 Wobei, wie oben dargestellt, hinsichtlich der natürlichen und juristischen Personen im prozessualen Bereich der Beteiligtenfähigkeit die umfassende Rechtsfähigkeit zur Statuierung grundsätzlicher Beteiligtenfähigkeit geführt hat.

3 Vgl. insbes. Rupp, Grundfragen, S. 82; Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. I, § 32, III, b).

suchen ist, ob ihm ein Rechtssatz zugrunde liegt, der den streitbeteiligten Parteien ein subjektives Recht verleihen kann. Dieses hat das Gesetz durch den "soweit"-Vorbehalt zum Ausdruck gebracht. Nur wenn die bisher noch nicht mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Kompetenzträger im Innenbereich als Zurechnungsendpunkte eines subjektiven Rechts fungieren, kann ihnen Beteiligtenfähigkeit gem. § 61 Nr. 2 VwGO zukommen¹.

Der Ansicht von HOPPE², wonach es lediglich auf eine durch einen Rechtssatz konstituierte rechtliche Verfaßtheit und Formierung, eben "die Zuordnungsendsubjektivität" ankommen soll, somit eine einzige Endsubjektivität genügen würde, um das Funktionssubjekt in allen erdenklichen Verwaltungsprozessen beteiligtenfähig zu machen, kann im Hinblick auf den dogmatischen Ausgangspunkt, die Relativität aller Rechtsfähigkeit, nicht gefolgt werden.

Dies hieße nämlich, eine die Gebundenheit der Rechtssubjektivität an den jeweiligen Rechtssatz auflösende, abstrakte "Rechtssubjektivitätsfähigkeit" zu schaffen; die gerade aufgezeigte Relativität aller Rechtsfähigkeit würde mißachtet.

-
- 1 Wolff, VerwR Bd. III, 1. Aufl., § 171, III, b, 1; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 216; Bleutge, KVS, S. 135; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 61 Rdn. 4; Schunck/De Clerck, VwGO, § 61, Anm. 3; VGH Baden-Württemberg, AS 24, S. 44; wohl auch: Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 184, welcher aber die Zuordnung subjektiver Pflichten ausreichen lassen will; unklar: OVG Münster, DÖV 1974, S. 821, ebenso wie Kiock, Diss., S. 48 ff.
- 2 Organisationsstreitigkeiten, S. 213; im Ergebnis ebenso: Klinger, VwGO § 61, Anm. C, 2, b; Tietgen, Behörden als Beteiligte, S. 99; Hoffmann-Becking, DVBl 1972, S. 301; Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 473 f.; Bonk, Diss., S. 55 ff., insbesondere S. 61.

Ganz losgelöst hiervon muß auch ein Blick auf die praktischen Konsequenzen der HOPPE'schen Ansicht zu Bedenken Anlaß geben: Erhebt ein beliebiges Subjekt vor dem Verwaltungsgericht Klage und stützt sein Begehren auf einen Sachverhalt, aus welchem sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt eine Rechtssubjektivität ableiten läßt, so müßte das Gericht bei systematischer Prüfung - überspitzt formuliert - die Gesamtheit der Rechtssätze dahingehend unter die Lupe nehmen, ob das klagende Subjekt dort in irgendeiner Weise zum Zurechnungssubjekt eines ein subjektives Recht verleihenden Rechtssatzes gemacht wird.

Die Beteiligtenfähigkeit eines Funktionssubjektes ist in entsprechender Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO also nur insoweit gegeben, als ihm durch den die Grundlage des Rechtsstreites bildenden Rechtssatz - möglicherweise - ein subjektives Recht zugeordnet ist.

ee) Der richtige Beklagte - ein Problem der Beteiligtenfähigkeit

Die hier vertretene Ansicht zu der Frage der Beteiligtenfähigkeit im Kommunalverfassungsstreitverfahren läßt auch die Suche nach dem richtigen Beklagten als in den Problemkreis der Beteiligtenfähigkeit gehörend erscheinen.

Auch auf der Beklagtenseite ist Voraussetzung für die Beteiligung am Prozeß die Möglichkeit der Innehabung eines subjektiven Rechtes im obigen Sinne, welches sich aus dem im Streit stehenden Sachverhalt ergeben können muß.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn man als Prozeßgegner die Gebietskörperschaft selbst in Betracht zöge, welche über § 61 Nr. 1 VwGO als juristische Person beteiligtenfähig wäre¹.

Diese Möglichkeit ist jedoch auszuschließen. Zwar sind die innerorganisatorischen Funktionssubjekte in bezug auf die allgemeine (Außen-)Rechtsordnung nicht Träger von Rechten und Pflichten, sondern all ihr Tätigwerden ist der organisatorischen Ganzheit - hier: der Gebietskörperschaft - zuzurechnen. Im zu untersuchenden Innenbereich stehen diese Rechte, wie oben aufgezeigt, unter den genannten Voraussetzungen den Funktionssubjekten jedoch als eigene zu, so daß diese auch im Falle der körperschaftsinternen Rechtsstreitigkeiten unmittelbar gegeneinander aufzutreten haben².

Dem stehen auch nicht die Regelungen des § 78 VwGO entgegen, welche für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage den richtigen Beklagten nennt. Im Einklang mit § 61 Nr. 1 VwGO geht § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO vom Rechtsträgerprinzip³ aus⁴: eine Klage ist grundsätzlich gegen die juristische Person zu richten, welche den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen, bzw. den begehrten Verwaltungsakt verweigert hat.

1 So z.B. Bayerischer VGH, AS n.F. 8, S. 97 (98); ders., Bayerische VwBl 1962, S. 24; Schilling, Bayerische VwBl 1965, S. 118; Deng, Diss., S. 157 f.

2 Bleutge, KVS, S. 144; Kisker, Insichprozeß, S. 18, Fußnote 36; Benner, DVBl 1961, S. 453; Obermayer, Bayerische VwBl 1967, S. 122; Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 475 f.; OVG Münster, JZ 1963, S. 178 (179) - Ausschuß von Gemeinderatsmitgliedern von der Wahl des Gemeindedirektors, Klage gegen den Rat; OVG Lüneburg, AS 2, S. 225.

3 Vgl. z.B. Kopp, VwGO, § 78, Anm. 1, 2; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 78, Anm. 1, a.

4 Über das Verhältnis von § 78 Abs. 1 und 2 VwGO sowie des § 73 Abs. 2 VwGO zu § 61 Nr. 3 VwGO vgl. von Oertzen, DVBl 1961, S. 650 ff.

Dieses Prinzip wird, wiederum in Übereinstimmung mit der die Beteiligtenfähigkeit regelnden Vorschrift des § 61 Nr. 3 VwGO, durch § 78 Abs. 1, Satz 3 VwGO insoweit durchbrochen, als die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage direkt gegen die Behörde zu richten ist, falls der Landesgesetzgeber dieses bestimmt. Die Behörden treten in diesem Falle als Prozeßstandschafter¹ für den eigentlichen Rechtsträger auf.

Da die kommunalen Funktionssubjekte im Verhältnis zueinander Träger von Rechten und Pflichten sind, haben sie entsprechend dem Rechtsträgerprinzip gegeneinander aufzutreten². Dabei bedarf es in diesem Zusammenhang keiner Untersuchung, welche Klageart letztlich im Kommunalverfassungsstreitverfahren vorliegt, da dieses Prinzip ohne Ausnahme für die Leistungs- und Feststellungsklage gilt³.

Das Kommunalverfassungsstreitverfahren ist also vorbehaltlich der Zulässigkeit im übrigen - zwischen den Funktionssubjekten auszutragen⁴.

Die im Kommunalverfassungsstreitverfahren passiv beteiligtenfähigen Funktionssubjekte lassen sich somit grob in zwei Gruppen einteilen:

Zum einen handelt es sich um diejenigen Funktionssubjekte, welche in einem Kompetenzbereich tätig geworden sind, den das klagende Funktionssubjekt für

1 Vgl. Kopp, VwGO, § 78, Anm. 1.

2 Siehe oben, S. 118, Fußnote 2.

3 Vgl. Schunck/De Clerck, VwGO, § 78, Anm. 4; Köhler, VwGO, § 78, Anm. IV; Bleutge, KVS, S. 144, Fußnote 12.

4 A.A. Bayerischer VGH, AS n.F. 8, S. 97 (98); ders., Bayerische VwBl 1962, S. 24; OVG des Saarlandes, AS 10, S. 82 (85); Schilling, Bayerische VwBl 1965, S. 118; Deng, Diss., S. 157 f.

sich reklamiert. Damit streiten die Parteien um die gleiche Kompetenz, das gleiche Recht. Beispiel: Der Bauausschuß faßt einen Beschluß, der nach Ansicht des Wirtschaftsförderungsausschusses in dessen Beschlußkompetenzbereich fällt.

Zum anderen kommen diejenigen Funktionssubjekte in Betracht, welche von einer Kompetenz Gebrauch gemacht haben, die es gestattet, einem anderen Funktionssubjekt die Ausübung dessen Kompetenz zu untersagen. Hier wird darum gestritten, ob dieser - umfassendste - Eingriff in eine Kompetenz durch die, quasi übergeordnete, andere Kompetenz gedeckt ist. Beispiel: Der Ausschuß schließt ein Mitglied gem. § 23 i.V.m. § 42 Abs. 2, Satz 1 GO von der Beratung und Beschlußfassung aus.

Die Frage nach dem richtigen Beklagten deckt sich somit, um es noch einmal zusammenzufassen, mit derjenigen nach der Beteiligtenfähigkeit des Funktionssubjektes auf der Beklagtenseite, da Rechtsträgerschaft, als materiell rechtliche Voraussetzung der passiven Prozeßführungsbefugnis¹ und Innehabung eines subjektiven Rechts als Voraussetzung der Beteiligtenfähigkeit gem. § 61 Nr. 2 VwGO sich decken.

(ff) Zusammenfassung

Als Quintessenz der obigen Ausführungen zur Beteiligtenfähigkeit der kommunalen Ausschüsse, ihrer Untergliederungen sowie ihrer einzelnen Mitglieder

¹ Vgl. Rosenberg/Schwab, ZPO, § 46, Anm. I, 1; Schroedter, Verwaltungsgerichtliche Entscheidung, S. 23; Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 219; Heinrich, Hochschulinterne Streitigkeiten, S. 192.

ist folgendes festzuhalten:

Eine Beteiligtenfähigkeit im sogenannten Kommunalverfassungsstreitverfahren kommt nur über die entsprechende Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO in Betracht.

Die erforderliche strenge Trennung zwischen Funktionssubjekt als institutionalisiertem Zuständigkeitskomplex und der realen Person bzw. Personenmehrheit, als Walter dieser Institution, führt zu einem in dem hier untersuchten innerorganisatorischen Bereich dazu, daß das Subjekt, auch falls Walter eine einzelne natürliche Person ist, nicht gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig sein kann. Gleichzeitig verbietet der zwangsläufig singuläre Charakter des Funktionssubjektes - ein Abstellen auf das Walterkollegium würde das obige Trennungsprinzip abermals in unzulässiger Weise durchbrechen - mangels Vorhandenseins einer "Vereinigung" die direkte Anwendung der Vorschrift des § 61 Nr. 2 VwGO.

Jedoch ist die entsprechende Anwendung der Norm geboten, da sich aus der Gesamtschau des § 61 VwGO ergibt, daß jedes Subjekt beteiligtenfähig sein soll, "soweit ihm ein Recht zustehen kann". Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber hiervon singulär strukturierte Subjekte ausnehmen wollte, vielmehr ist davon auszugehen, daß er, wie auch heute noch Teile von Literatur und Rechtsprechung, eine Beteiligtenfähigkeit eines Singulums in allen Fällen als über § 61 Nr. 1 VwGO gegeben ansah.

Die Beteiligtenfähigkeit gem. § 61 Nr. 2 VwGO ist abhängig von der möglichen Existenz eines subjektiven Rechtes auf seiten der Prozeßparteien. Da sich die-

ses eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, bedarf es keiner Untersuchung, ob die Zuordnung einer Pflicht für die Begründung von Rechtssubjektivität ausreichend ist. Das mögliche Vorliegen eines subjektiven Rechtes der Funktionssubjekte ist also eine Frage der Beteiligtenfähigkeit, nicht der Klagebefugnis, wie weitgehend angenommen.

Die in Anlehnung an BÖCKENFÖRDE vorgenommene Definition des Rechtssatzes - jeder, eine Begründung oder verbindliche Maßbestimmung für die Ausübung öffentlicher Gewalt und die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten enthaltende Satz - führt dazu, daß als Quelle für die erforderlichen innerorganisatorischen subjektiven Rechte sowohl die GO-NW sowie die Satzungen der Gemeinde als auch die Geschäftsordnung und ein einfacher Beschluß des Rates in Betracht kommen.

Damit sind solche Sätze ausgeschlossen, welche lediglich Anordnungen rein formell-technischer Natur beinhalten, denen letztlich damit auch keine Bedeutung für die innere Willensbildung zukommen.

Die Existenz des für die Beteiligtenfähigkeit notwendigen subjektiven Rechtes wird - zumeist jedoch im Rahmen der Klagebefugnis - von der Literatur überwiegend bejaht, oder aber, es wird den Funktionssubjekten eine dem subjektiven Recht hinsichtlich der Rechtsschutzbewehrtheit gleichgestellte Position zuerkannt.

Die Rechtsprechung ist bisher im wesentlichen den gleichen Weg gegangen, ohne daß hierbei eine einheitliche Linie zu erkennen wäre, welche auf eine dogmatische Ableitung schließen lassen könnte.

Soweit man als Grundlage für die Existenz eines subjektiven Rechtes der kommunalen Funktionssubjekte ein durch das objektive Recht geschütztes Eigeninteresse dieser Subjekte voraussetzt und sich damit im Rahmen herkömmlicher zivilistischer Begriffsinhalte bewegt, muß die Existenz derartiger subjektiver Rechte verneint werden. Ein solches Eigeninteresse im soziologisch-psychologischen Sinne kann den Funktionssubjekten als künstlichen Kompetenzkomplexen nicht zukommen.

Eine Lösung von diesem, dem Zivilrechtskreis entstammenden Begriff des "subjektiven Rechts" und dessen Rückführung auf sein Wesen - auch - als Argumentationsfigur im Rahmen des Rechtsschutzsystems, führt dazu, daß ebenso der Interessenbegriff in entsprechender Weise zum Argumentationstopos bei der Beantwortung der Frage wird, ob einem Funktionssubjekt die gerichtliche Verteidigung der diesem eingeräumten Kompetenzen zustehen soll.

Aus der Natur und dem Inhalt der die Kompetenzen verschaffenden innerorganisatorischen Rechtssätze läßt sich diese Frage weder verneinen noch bejahen.

Dieses hindert jedoch nicht, einen rechtlich begründeten Vorschlag darzulegen, welcher das "Ob" und gegebenenfalls die Grenzen einer Rechtsschutzbewehrung der Kompetenzen beinhaltet.

Hierbei ist auszugehen von der Tatsache, daß alle Kompetenzverteilung dem durch das materielle Demokratiegebot des Art. 20 GG vorgeschriebenen Erfordernis der Machtverteilung entspricht, welches wiederum über Art. 28 Abs. 1 GG auch für den Bereich der kommunalen Selbstverwaltung gilt.

Als "Macht" ist dabei nicht nur die Möglichkeit zu verstehen, direkt dem Bürger gegenüber Maßnahmen ergreifen zu können, sondern auch die im Vorfeld hierzu liegende, z.B. beratende oder entscheidungsvorbereitende Tätigkeit anzusehen. Die Einhaltung dieser Machtverteilung bedarf der unabhängigen und somit judikativen Überwachung.

Soweit diese nicht durch den Bürger als - möglicherweise - Betroffenen herbeizuführen ist, muß eine dem innerorganisatorischen Bereich entnommene Rechtsschutzmöglichkeit geschaffen werden. Mit anderen Worten: den kommunalen Funktionssubjekten ist immer dort ein Eigeninteresse und damit ein subjektives Recht an ihrer Kompetenz zu oktroyieren, wo eine anderweitige, dem Außenrechtsbereich entstammende gerichtliche Überprüfbarkeit nicht gegeben ist.

Die Bejahung der Existenz derartiger subjektiver Rechte der kommunalen Funktionssubjekte führt dazu, daß diesen auch grundsätzlich in entsprechender Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO Beteiligtenfähigkeit zukommt.

Diese Beteiligtenfähigkeit ist jedoch nicht von genereller Natur, sondern besteht jeweils nur insoweit, als sich der Streit über einen dem Subjekt möglicherweise ein subjektives Recht zuordnenden Satz verhält.

Dieses ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des § 61 Nr. 2 VwGO ("soweit ihnen ein Recht zustehen kann"), sondern notwendigerweise auch aus der Relativität aller Rechtsfähigkeit. Wird die punktuelle Rechtsfähigkeit oder Rechtssubjektivität nur in

einer bestimmten Relation geschaffen, so existiert sie außerhalb dieser nicht, mit der Folge, daß auch eine darüber hinausgehende Beteiligung am Verwaltungsprozeß ausgeschlossen sein muß.

Letztendlich stellt sich auch die Frage nach dem richtigen Beklagten als in den Problemkreis der Beteiligtenfähigkeit gehörig dar. Denn auch auf der Passivseite kann nur ein Funktionssubjekt beteiligt sein, welches als möglicher Träger eines subjektiven Rechtes aus der streitigen Relation in Betracht kommt.

c) Klageart

Ebenso wie hinsichtlich der bisher behandelten Zulässigkeitskriterien herrscht auch in bezug auf die Frage der zulässigen und adäquaten Klageart im Kommunalverfassungsstreitverfahren erhebliche Unsicherheit in Rechtsprechung und Lehre¹.

Die vertretenen Ansichten bestreichen das gesamte Feld der Klagearten der VwGO und gehen, bei der Annahme einer Klage "sui generis" noch darüber hinaus².

aa) Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

Die Frage nach dem möglichen Vorliegen einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage soll hier im Gefüge

1 Vgl. Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 476; Bleutge, KVS, S. 145.

2 Daß der Begriff des Kommunalverfassungsstreitverfahrens selbst nicht die Bezeichnung einer Klageart darstellt, sondern vielmehr eine problemumreiße Bezeichnung für die kommunalverfassungsrechtlichen, innerorganisatorischen Streitigkeiten ist, wurde bereits oben - D. I. - dargestellt.

der Klagearten an erster Stelle geprüft werden.

Die grundlegende Voraussetzung für diese Klagearten ist, daß ein Verwaltungsakt angefochten oder aber der Erlaß eines solchen erstrebt wird.

Die Essentialien einer solchen Verwaltungsmaßnahme sind nunmehr gesetzlich in § 35 VwVerfG (NW und des Bundes) festgeschrieben. Neben der Frage, inwieweit hier das Handeln einer "Behörde" gegeben sein kann, gilt es, die unmittelbare Rechtswirkung nach außen zu bejahen, um einen Verwaltungsakt annehmen zu können.

Die Vorschrift des § 35 VwVerfG ist im Zusammenhang mit § 9 dieses Gesetzes zu sehen, wo das Verwaltungsverfahren als die "nach außen wirkende Tätigkeit der Behörde" bezeichnet wird.

In der überkommenen Verwaltungsaktslehre bedeutet "nach außen", daß der Rechtskreis, die Rechtssphäre des einzelnen Bürgers betroffen wird¹. Dabei wird dieses als der klassische Regelfall des Verwaltungsaktes angesehen. Darüber hinaus sind unbestritten z.B. auch die Weisungen im Rahmen der Kommunalaufsicht als Verwaltungsakte zu qualifizieren².

1 Vgl. Kopp, VwVerfG, § 35, Anm. 2 f.; Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVerfG, § 35, Rdn. 100; Knack, VwVerfG, § 35, Rdn. 4,5; OVG Münster, VerwRspr. Bd. 25, S. 277; BVerwG E 1, S. 260 (261); 2, S. 22 (25/26); 8, S. 192 (193); 19, S. 19 (22/23).

2 Vgl. z.B. BVerwG E 16, S. 83; 16, S. 312; dass., DÖV 1970, S. 606; 1964, S. 346; Knack, VwVerfG, § 35, Anm. 4.5.2; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, Anhang zu § 32, VI, 1 m.w.N.; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 66 m.w.N., S. 197.

Von der Voraussetzung, daß das Ziel der Maßnahme der Bürger sein muß, damit überhaupt ein Verwaltungsakt in Betracht kommen kann, ist mittlerweile also nicht mehr auszugehen; die Außenwirkung ist nicht allein auf den Bürger beschränkt.

Diese Entwicklung ist richtig und begrüßenswert unter der Prämisse, daß die Konstruktion des Verwaltungsaktes als "Rechtsschutzinstrument" nicht Selbstzweck sein kann und darf, sondern vielmehr ein formelles Mittel zur sachgerechten Problemlösung darstellt¹.

Einer Übertragbarkeit des Verwaltungsakts-Begriffes in den innerorganisatorischen Bereich stehen jedoch erhebliche Bedenken gegenüber.

In der Rechtsprechung wird diese Möglichkeit nunmehr einhellig abgelehnt, nachdem der Bayerische VGH mit seiner Entscheidung vom 8. Mai 1968² von der bis dato vertretenen gegenteiligen Ansicht³ abgerückt ist, die er allein unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzeffektivität vertreten hat, ohne die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verwal-

1 Vgl. Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 477; BVerwG E 45, S. 39 (42).

2 Bay. VwBl 1968, S. 324 (325).

3 Vgl. z.B. die Entscheidungen in Bay. VwBl 1959, S. 353; 1960, S. 21.

tungsaktes näher zu prüfen^{1,2}.

In der Literatur versucht, soweit ersichtlich, allein BLEUTGE³ das Vorliegen eines Verwaltungsaktes im innerorganisatorischen kommunalverfassungsrechtlichen Bereich dogmatisch zu begründen⁴.

1 Vgl. die ablehnende Stellungnahme von Schilling, Bay. VwBl 1965, S. 118.

2 Das Urteil des VG Kassel vom 6. Februar 1970 - Kottenberg/Steffens, Nr. 2 zu § 42 GO - soll hier außer Betracht bleiben. Das Gericht, welches über das Begehren eines Ratsmitgliedes, an Sitzungen von Ausschüssen teilzunehmen, deren Mitglied es nicht war, zu entscheiden hatte, sieht zwar die Leistungsklage als hier gegebene Klageart an, hält diese aber im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreitverfahrens für bisher gesetzlich nicht zugelassen. Es kommt dann zu dem Ergebnis, es sei die analoge Anwendung der Vorschriften über die Gestaltungs- oder Feststellungsklage erforderlich, "im Hinblick auf die gleichgelagerten Probleme im Beamtenrecht". Eine Prüfung der Voraussetzungen des Verwaltungsaktes fehlen. Der Hinweis auf eine analoge Anwendung der §§ 42, 43 VwGO bleibt bezugslos im Raum stehen. Ansatzpunkte für eine dogmatische oder prozeßrechtliche Einordnung der gemachten Aussagen sind nicht ersichtlich, so daß die weitere Auseinandersetzung mit dem Urteil unfruchtbar erscheint.

3 KVS, passim, insbesondere S. 152 f., S. 160 ff., S. 175 ff.

4 Im Anschluß an diesen ebenso: Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 163 ff. Der von EYERMANN/FRÖHLER auch in der 7. Aufl. (1977) noch vertretenen eigenen Ansicht zum VA-Begriff ("alle hoheitlichen - d.h., im Subordinationsverhältnis ergehenden - Amtshandlungen" - vgl. § 42, Rdn. 14) kann in Ansehung des § 35 VwVerfG nicht gefolgt werden. Darüber hinaus wäre zu erwarten gewesen, daß die Frage des Subordinationsverhältnisses tatsächlich in bezug auf das Kommunalverfassungsstreitverfahren geprüft würde. Mit der apodiktischen Feststellung, daß solche Amtshandlungen hier im Streit stehen, kann es nicht getan sein. Ebenso wenig wie EYERMANN/FRÖHLER schneidet auch OBERMAYER - Bay.VwBl 1967, S. 123 - die Frage der Außenwirkung an. Die Annahme eines Über-/Unterordnungsverhältnisses führt bei ihm zur Bejahung des Vorliegens eines Verwaltungsaktes.

Er kommt zu dem Ergebnis, daß "Organbeschlüsse und Entscheidungen, welche in die subjektiven Rechte der Organteile eingreifen" Verwaltungsakte darstellen¹, so daß für "organinterne Streitigkeiten" die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage Anwendung finde. Der Ansatzpunkt der BLEUTGE'schen Untersuchung ist jedoch weniger dogmatischer sondern eher pragmatischer Natur, wenn er von der - wenig untermauerten - Prämisse ausgeht, Art. 19 Abs. 4 GG, dessen Anwendbarkeit im innerorganisatorischen Bereich er bejaht², fordere effizientesten Rechtsschutz, den die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage zu gewähren nicht in der Lage seien³.

Bei der anschließenden materiell-rechtlichen Prüfung der Voraussetzungen des Verwaltungsaktes in bezug auf den kommunalverfassungsrechtlichen Innenbereich zieht er die herrschende Lehre zu der Frage des Vorliegens eines Verwaltungsaktes im sogenannten "besonderen Gewaltverhältnis" heran⁴.

Die dort vorgenommene Gleichsetzung von "Außenwirkung" und "Rechtserheblichkeit" transponiert er im Ergebnis in den zu untersuchenden innerorganisatorischen Bereich⁵, obwohl er zuvor selbst die mangelnde Vergleichbarkeit beider Problemkreise betont⁶.

1 KVS, S. 166 ff., zusammenfassend S. 211 - These V, 3.

2 Bleutge, a.a.O., S. 107 ff., S. 152 ff.

3 Bleutge, a.a.O., S. 153 f.

4 Vgl. zu diesem Begriff die eingehenden Ausführungen von Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, S. 13 ff. m.w.N. Diesem ist dahingehend zu folgen, als es sich hierbei nicht (mehr) um einen dogmatischen Terminus handelt, die hiermit verbundenen Probleme und Argumentationen jedoch nach wie vor präsent sind.

5 A.a.O., S. 169.

6 A.a.O., S. 168, Fußnote 15.

Tatsächlich ist es der springende Punkt, daß die hier den Gegenstand eines Kommunalverfassungsstreitverfahrens bildenden Rechte nie dem persönlichen Bereich des Funktionssubjektswalters zugehören, sondern immer der institutionellen Sphäre des Subjektes zugeordnet sind¹. Im Gegensatz dazu soll im sogenannten besonderen Gewaltverhältnis die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines Verwaltungsaktes gerade davon abhängig gemacht werden, ob die persönliche Sphäre, z.B. eines Beamten, betroffen ist².

Ebensowenig stichhaltig ist der Hinweis von BLEUTGE auf die spätkonstitutionelle Staatsrechtslehre und eine auch dort vorgenommene Gleichsetzung von Rechtserheblichkeit und Außenwirkung³. Entsprechend der - zeitgemäßen - dortigen Prämisse von der Impermeabilität des innerstaatlichen und innerorganisatorischen Raumes war "Rechtserheblichkeit" denknotwendigerweise nur im Verhältnis Staat - Bürger vorstellbar. Nur was nach außen wirkte, war rechtserheblich. Die heutige Umkehrung dieses Schlusses unter der - wiederum zeitgemäßen - Einbeziehung des innerorganisatorischen Bereiches muß als unzulässig angesehen werden. Darüberhinaus könnte eine derartige Umkehrung zu dem - heutigen - Trugschluß führen, im Innenrechtsbereich komme einer Maßnahme nie Rechtserheblichkeit zu.

1 Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. I, § 46, VII, a, m.w.N.; Lorenz, Rechtsschutz, S. 34 f., der diese Frage deutlich als nicht in diesen Problemkreis gehörend herausstellt; vergleichbar wäre lediglich das Problem des Eingriffes in Organwalterrechte.

2 Vgl. statt vieler: Wolff, a.a.O.; Ule, VVDStRL 15 (1957), S. 152 ff.

3 Vgl. z.B. Anschütz, Gesetz, S. 212; Thoma, HDStR Bd. II, S. 124 f.; Krüger, Rechtsordnung und Verwaltungsanweisung, S. 219.

Die dogmatische Argumentation von BLEUTGE ist also wenig tragfähig¹. Die Annahme, daß die - nunmehr vom Gesetz - geforderte Außenwirkung auch im innerorganisatorischen kommunalverfassungsrechtlichen Bereich gegeben sein könnte, ist durch sie nicht zu belegen².

Die Ausdehnung des Verwaltungsaktsbegriffes auf Beschlüsse und Maßnahmen des Innenrechtsbereiches würde vielmehr in Ansehung der Vorschriften der §§ 9, 35 VwVerfG bedeuten, dessen Aktionsradius contra legem zu überdehnen³.

Die innerorganisatorischen Maßnahmen und Beschlüsse sind in ihrer Richtung "nach innen" Organisationsakte und nicht Verwaltungsakte, so daß eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage im Kommunalver-

1 Gleiches gilt für die Argumentation von Kiock - Diss., S. 83 ff. -, der die Frage der Außenwirkung einer Maßnahme als Voraussetzung für deren Qualifizierung als Verwaltungsakt ebenfalls auf deren mögliche Rechterheblichkeit reduzieren will - a.a.O., S. 86.

2 Meissner, DÖV 1971, S. 647.

3 Ein übertriebenes Denken in Verwaltungsaktskategorien wurde durch eine Vielzahl von Autoren auch schon vor Bestehen des VwVerfG abgelehnt: Vgl. z.B. Bachof, JZ 1962, S. 707, der "für eine Wiedereinengung jenes ungebührlich ausgeweiteten und damit konturlos gewordenen (VA-)Begriffes" plädiert und damit absolut nicht der Meinung von EYERMANN/FRÖHLER ist - VwGO, § 42, Rdn. 14 -, welcher ihn - a.a.O., Fußnote 1 - als Mitverfechter des weiten VA-Begriffes zitiert. Wie hier weiter: Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 477; Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 117; Henke, VVDStRL 28 (1970), S. 163; Rüfner, VVDStRL 28 (1970), S. 206; Hegel, DÖV 1965, S. 415 (Fußnote 27); Rupp, Grundfragen, S. 251 f.

fassungsstreitverfahren nicht in Betracht kommen kann¹.

Würde man auch der BLEUTGE'schen Behauptung folgen, daß durch die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage effizienter Rechtsschutz nicht gewährleistet sei, so kann dieses, mangels Vorliegens eines Verwaltungsaktes, immer noch nicht zur Annahme der Zulässigkeit einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage im Innenrechtsbereich führen².

Hier wäre lediglich der im folgenden dargestellte Weg der Neuschaffung einer Klageart in Betracht zu ziehen.

bb) Aufhebungsklage als Klageart "sui generis"

Der Bayerische VGH³ in neuerer Rechtsprechung sowie das OVG Lüneburg⁴, welche die Möglichkeit zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ebenfalls nur gewährleisten sehen, wenn es mit dem Urteilsspruch zur Kassation der umstrittenen Entscheidung, bzw. des umstrittenen Beschlusses kommt, haben den o.g. Weg

1 Bay. VGH, AS n.F. 24, S. 129; OVG des Saarlandes, AS 10, S. 82 (84); VGH Baden-Württemberg, AS 23, S. 203 (205); OVG Lüneburg, AS 2, S. 225 (227); 3, S. 223 (224); OVG Münster, AS 17, S. 261 (262); 13, S. 350; JZ 1963, S. 178; weiter: BVerwG E 3, S. 30 (33); BVerfG E 8, S. 122 (130); Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 477; Tsatsos, Organstreitigkeiten, S. 52; Bonk, Diss., S. 80; Klock, Diss., S. 82 ff.; Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 61; Stober, JA 1974, S. 47; Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 117; Ewald, Wissenschaftsrecht Bd. 3 (1970), S. 41.

2 Vgl. z.B. hinsichtlich der Verpflichtungsklage grundsätzlich BVerwG E 31, S. 301: "Mit der Verpflichtungsklage kann nur die Verurteilung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes, nicht die Verurteilung zu einer sonstigen Amtshandlung begehrt werden".

3 VerwRspr. 20 Nr. 23; AS n.F. 24, S. 129; Bay. VwBl 1976, S. 753 (754); JZ 1977, S. 129.

4 AS 2, S. 225 (232/233); 3, S. 223 (226); 16, S. 349 (350); 19, S. 338 (344 f.).

mittels der richterlichen Rechtsfortbildung beschritten¹.

Das letztgenannte Gericht kommt nach der Verneinung der Voraussetzungen der Anfechtungsklage² zu einer Klageart "sui generis" mit kassatorischem Urteilsspruch, und zwar "im Hinblick darauf, daß die Streitigkeit einer Anfechtungsklage sehr nahe kommt und dem Rechtsschutzbegehren des Klägers am besten durch die Kassation der ihn angeblich belastenden Entscheidung Rechnung getragen werden kann"³.

Ebensolche kassatorischen Urteile fällt der Bayerische VGH, wobei er aber vom Vorliegen einer Leistungsklage ausgeht⁴.

Im Ergebnis kreiert auch das bayerische Gericht auf diese Weise eine neue Klageart, da der kassatorische Urteilsspruch in Ansehung des § 113 Abs. 1 VwGO der Anfechtungsklage vorbehalten ist⁵.

Ausgehend vom Vorrang der im Gesetz aufgeführten Klagearten, bleibt es also bei der Frage, ob die verbleibende allgemeine Leistungsklage bzw. die

1 In der Literatur: Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 32 II, 5.

2 Vgl. z.B. AS 16, S. 349 (350); 19, S. 338 (344).

3 OVG Lüneburg, AS 19, S. 344/345.

4 Vgl. Bay. VGH, AS n.F. 23, S. 73 (79); Bay. VwBL 1976, S. 753 (754); vgl. auch die bestätigenden Anmerkungen hierzu von Lange, Bay. VwBl 1976, S. 755 f.

5 Krebs, VerwArch 68 (1977), S. 195 f.; VGH Baden-Württemberg, Ba-WüVwBl 1973, S. 137 (137/138).

Feststellungsklage einschlägig sind und, falls dieses zu bejahen ist, diese Klagearten effektiven Rechtsschutz zu gewähren vermögen.

Nur wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt werden, d.h., dem Klagebegehren des Klägers durch ein herkömmliches Leistungs- oder Feststellungsurteil nicht gerecht zu werden ist, kann die Möglichkeit der Klagefindung im Wege der (Prozeß-)Rechtsfortbildung in Betracht gezogen werden¹.

cc) Allgemeine Leistungsklage

Diese Klageart hat in der VwGO, im Gegensatz zu den übrigen Klagearten, keine nähere Bestimmung erfahren.

Sie findet eine eher beiläufige Erwähnung im Gesetz in den Vorschriften der §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 3 VwGO, ohne daß eigene besondere Sachurteilsvoraussetzungen aufgestellt werden. Daneben wird ihre Existenz in den §§ 169 Abs. 2, 170, 191 Abs. 1 VwGO vorausgesetzt².

Die generelle Zulässigkeit dieser Klageart ist nicht in Zweifel zu ziehen³.

1 Die Notwendigkeit zur Erörterung der Frage, ob sich das Erfordernis des effektiven Rechtsschutzes im innerorganisatorischen Streit aus Art. 19 Abs. 4 GG herleiten läßt - so Bleutge, KVS, S. 152; Bayerischer VGH, AS n.F. 13, S. 88 (99) -, oder ob diese Verfassungsnorm im innerorganisatorischen Bereich keine Anwendung finden kann - so z.B. Lorenz, AÖR 93 (1968), S. 325 ff. m.w.N. -, besteht also nur, falls die Leistungs- und Feststellungsklage diesem Erfordernis nicht gerecht werden.

2 Vgl. z.B. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 32, II, 3.

3 Vgl. z.B. Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 128; Grunsky, Grundzüge des Verfahrensrechts, S. 327 ff.

Mit ihr kann - insoweit besteht im wesentlichen Einigkeit - die Verurteilung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung begehrt werden, soweit nicht der Erlaß eines Verwaltungsaktes in Frage steht¹.

Für die Zulässigkeit einer solchen Klage ist mithin als ausreichend anzusehen, daß nach den Darlegungen des Klägers ein Rechtsanspruch auf die Vornahme einer Handlung, deren Unterlassung oder die Duldung einer solchen besteht².

Diese Voraussetzungen entsprechen denjenigen der Leistungsklage (Verurteilungsklage) im Zivilprozeßrecht³.

Es stellt sich also die Frage, ob den kommunalen Funktionssubjekten Rechtsansprüche gegeneinander zustehen können, welche im inneren Kommunalverfas-

1 Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 32, II, 3; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 202 ff.; Schunck/De Clerck, VwGO, § 42, Anm. 4, a; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 70; BVerwG E 31, S. 301 (303); OVG Münster, AS 24, S. 170 (172); DÖV 1961, S. 469.

2 Vgl. Schunck/De Clerck, VwGO, § 42, Anm. 4, d; Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 129 - siehe dort (Fußnote 31) auch die Nachweise für die a.A., welche entsprechend der Regelung der §§ 42, 113 VwGO auch im Rahmen der Leistungsklage die "Rechtsverletzung" betont. Letztlich kommen beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis, so daß eine weitere Auseinandersetzung hiermit an diesem Ort nicht notwendig erscheint.

3 Vgl. z.B. Schumann/Leipold, in: Stein/Jonas, vor § 253, Anm. II, 1.

sungsrecht fußen und damit die Grundlage einer Leistungsklage im Kommunalverfassungsstreitverfahren bilden können.

Im zivilrechtlichen Bereich wird der "Anspruch" in § 194 Abs. 1 BGB als das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können definiert. Diese Definition läßt sich ohne Bedenken in den öffentlich-rechtlichen Bereich transponieren¹.

Die oben² im Rahmen der Beteiligtenfähigkeit der kommunalen Funktionssubjekte gemachten Ausführungen haben gezeigt, daß die diesen zugeordneten Kompetenzen unter den dargelegten Voraussetzungen grundsätzlich prozessual verfolgbare Positionen - "subjektive Rechte" - schaffen.

Damit ist auch die grundsätzliche Möglichkeit der Erhebung einer Leistungsklage gegeben, vorausgesetzt, sie entspricht überhaupt einem denkbaren Klagebegehren des Klägers³, welches durch eine entsprechende Kompetenz gedeckt sein können muß.

Unproblematisch ist dieses dort, wie die Kompetenz notwendigerweise ein bestimmtes Tätigwerden anderer kommunaler Funktionssubjekte impliziert.

1 Schunck/De Clerck, VwGO, § 42, Anm 4, b; Hoppe, Organisationsstreitigkeiten, S. 128 f.; sinngemäß auch: BVerwG E 31, S. 301 (303).

2 Siehe oben unter II. 2., b), dd), (3).

3 Vgl. Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 130.

Anders jedoch in dem Falle, wenn ein Funktionssubjekt einen Beschluß faßt, welcher von einem anderen Funktionssubjekt als rechtswidrig und seine Kompetenzen verletzend angesehen wird. Dann stellt sich die Frage, ob die Kompetenz auch einen Anspruch gegenüber dem Verletzer beinhaltet, die Verletzungshandlung durch einen actus contrarius rückgängig zu machen¹.

Diese Fragen sollen anhand von Beispielen erörtert werden:

Das Recht eines Ausschußmitgliedes auf Teilnahme an der Sitzung des Ausschusses beinhaltet einen Anspruch darauf, gegebenenfalls in der gem. § 31 Abs. 2 GO-NW geschäftsordnungsmäßig festgelegten Form², zu den Sitzungen eingeladen werden³.

Dieser Anspruch ist im Wege der Leistungsklage verfolgbar. Wird jedoch ein Ausschußmitglied gem. § 23 i.V.m. § 42 Abs. 2, Satz 1 GO von der Teilnahme an einer Sitzung ausgeschlossen⁴, so fragt es sich, ob dieses die Aufhebung des entsprechenden Beschlusses verlangen kann, oder aber - dieses wäre die Alternative - es lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit erreichen kann.

1 Vgl. Hoppe, a.a.O.

2 Vgl. Kottenberg/Rehn, GO, § 31, Anm. II, 2.

3 Vgl. z.B. OVG Rheinland-Pfalz, AS 10, S. 55 (58/59).

4 Vgl. OVG Münster, AS 18, S. 104.

Da die Kompetenz einem bestimmten Funktionssubjekt das Recht zu deren Wahrnehmung gibt, bedeutet dieses für alle anderen Funktionssubjekte - es sei denn es handelt sich um eine konservierende Kompetenzdelegation¹ -, nicht in rechtswidriger Weise in diesen Zuständigkeitsbereich einzugreifen. Der Anspruch auf Unterlassung führt zum Anspruch auf Rückgängigmachung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung. Dieses folgt, ohne die Ableitung hier dogmatisch vertiefen zu wollen, aus dem allgemeinen Beseitigungsanspruch, welcher dem - verletzten - subjektiven Recht innewohnt². Folglich kann auch insoweit ein Leistungsanspruch grundsätzlich gegeben sein³.

1 Siehe oben unter C. III. 2., a); Wolff, in: Wolff/Bachof, VerwR Bd. II, § 72, IV, 2, b. In diesem Falle könnte der Delegant (in der Regel der Rat) solange die Kompetenz ausüben, wie der Delegator sie nicht wahrgenommen hat.

2 Vgl. z.B. Rüfner, DVBl 1967, S. 188 m.w.N.; insbesondere auch die umfassende Darstellung von Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 145 f., 151 f., 192 m.w.N. "Wird der durch eine - das Individualinteresse bewußt begünstigende - Rechtsnorm begründete Status eines Rechtssubjektes widerrechtlich beeinträchtigt, so erhält der Beeinträchtigte gegenüber dem Störer einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung und Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen". - Hoppe, a.a.O., S. 153.

3 Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 230 f.; vgl. hierzu auch Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 478 ff., wo dieser sich eingehend mit der a.A. von TSATSOS - Organstreit, S. 53 - auseinandersetzt, welcher unter Hinweis auf § 67 Satz 1 BVerfGG, wonach das BVerfG in Verfassungsorganstreitigkeiten ein feststellendes Urteil zu fällen hat, die Leistungsklage als unmittelbaren Leistungsbefehl hinsichtlich eines körperschafts-internen Vorgangs auch im Kommunalverfassungsstreitverfahren ablehnt.

Der Bayerische VGH - AS n.F. 24, S. 129 - geht vom richtigen Ansatz - "Anspruch auf Aufhebung" - aus; im Falle eines zusprechenden Urteils wäre das Gericht jedoch wohl - im Anschluß an seine bisherige Rechtsprechung (vgl. noch Bay. VwBl 1976, S. 754) - wiederum zur Kassation statt zur Verurteilung zur Aufhebung gekommen.

SCHUNCK/DE CLERCK - VwGO, § 42, Anm. 4 f. - sprechen von einer "wiederherstellenden Unterlassungsklage", was im Ergebnis der hier vertretenen Ansicht gleich-

An dieser Stelle taucht das Problem auf, ob im - beispielhaft ausgeführten - Fall des Ausschlusses eines Mitgliedes von der Beratung und/oder Beschlußfassung gem. § 23 i.V.m. § 42 Abs. 2, Satz 1 GO-NW und in ähnlich gelagerten Fällen - z.B.: ein beratender Ausschuß ist nicht in der vorgeschriebenen Weise, vor der Beschlußfassung durch einen beschließenden Ausschuß, an der Entscheidungsvorbereitung beteiligt worden - auch der Beschluß aufzuheben bzw. die Beratung zu wiederholen ist.

In Anbetracht der Tatsache, daß die Teilnahme- und Mitwirkungskompetenzen nicht Selbstzweck sind, sondern einem Ziel, nämlich der auf den Schutz des Bürgers zielenden demokratischen Willensbildung, dienen¹, muß es als eine Selbstverständlichkeit angesehen werden, daß nicht nur der rechtswidrige Ausschluß rückgängig zu machen ist, dieses hätte im wesentlichen rein deklaratorische Wirkung, bestenfalls noch eine solche für die Zukunft, sondern auch diejenigen relevanten Handlungen zu wiederholen sind, welche ohne das zu Unrecht ausgeschlossene Funktionssubjekt vonstatten gegangen sind.

1 Siehe oben unter D. II. 2., b), dd), (3), (c).

2 Vgl. Bay. VGH, Bay. VwBl 1976, S. 755, wo allerdings, entsprechend der Praxis dieses Gerichtes, die Beschlüsse durch das Gericht aufgehoben wurden; wie hier: Krebs, VerwArch. 68 (1977), S. 196; so auch OVG Münster, AS 27, S. 264: "Der Beschluß einer kommunalen Vertretungskörperschaft kann nur dann mit Erfolg im Kommunalverfassungsstreitverfahren angegriffen werden, wenn er (auch) wegen Verletzung von Mitgliedschaftsrechten des Klägers rechtswidrig ist, dabei spielt es keine Rolle, ob die Mitgliedschaftsrechte des Klägers durch den Inhalt des Beschlusses oder durch die Art seines Zustandekommens verletzt worden sind."; VG Münster, Urteil vom 1. März 1977 - 2 K 652/76 -, S. 26; a.A. OVG Rheinland-Pfalz, AS 10, S. 55.

Somit ist die Leistungsklage als grundsätzlich adäquate und richtige Klageart im Kommunalverfassungsstreitverfahren anzusehen.

Sie greift in all den Fällen ein, in welchen es um die Beseitigung von Beschlüssen und Handlungen geht, welche in rechtswidriger Weise die - rechtsschutzbewehrten - Kompetenzen des Klägers verletzen¹; ebenso dort, wo ein Anspruch auf Vornahme einer solchen Handlung geltend gemacht wird, der die Ausübung der Kompetenz erst ermöglicht² und auch, unter den allgemeinen Voraussetzungen, welche hier im einzelnen nicht erörtert werden sollen³, für den Fall der Geltendmachung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs⁴. Sie ist gerichtet auf die Aufhebung der kompetenzverletzenden Beschlüsse und Entscheidungen, soweit dem Kläger hieran ein Mitwirkungsrecht zusteht, auch auf Neuvernahme der entsprechenden Handlungen unter dessen Beteiligung.

1 Abzulehnen ist deshalb auch die vom OVG Münster, JA 1977, S. 469 dort angenommene Feststellungsklage in diesen Fällen.

2 Vgl. Bonk, Diss., S. 78; Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 130, 230; ders., DVBl 1970, S. 850; Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 236; Henrichs, DVBl 1959, S. 549; Bleutge, KVS, S. 184; Ewald, Wissenschaftsrecht Bd. 3 (1970), S. 41; Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 480 ff.; Bayerischer VGH, AS n.F. 24, S. 129; Bay VwBl 1976, S. 754; OVG Rheinland-Pfalz, AS 9, S. 338; VGH Baden-Württemberg, AS 23, S. 203.

3 Vgl. dazu Redeker/von Oertzen, VwGO, § 42, Anm. 162 m.w.N.

4 Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 153; Bonk, Diss., S. 78.

dd) Die Feststellungsklage

Für die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO bleiben lediglich die wenigen Fälle, in welchen das Funktionssubjekt einen Anspruch auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geltend macht und das Begehren nicht mit Hilfe der Leistungsklage durchgesetzt werden kann. Soweit es sich um Streitigkeiten über Einzelfälle betreffende Kompetenzausübungen handelt, ist, wie oben dargelegt, die Leistungsklage einschlägig und gesetzlich vorrangig (§ 43 Abs. 2 VwGO). Allein in den Fällen, in welchen um die Frage gestritten wird, ob der Kläger überhaupt Funktionssubjekt ist, ist die Feststellungsklage als richtige Klageart gegeben¹.

Auch dieses soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden:

Die Klage eines Ausschußmitgliedes, zur Sitzung des Ausschusses geladen zu werden², stellt eine Leistungsklage dar³; die Klage jedoch, welche die Frage klären soll, ob der Kläger überhaupt wirksam zum Ausschußmitglied bestimmt worden ist⁴, woraus das Teilnahme-

1 Bleutge, KVS, S. 182 spricht von "Statusfragen" - siehe auch dort Fußnote 8; weiter: Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 121; Hoppe, DVBl 1970, S. 850; Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 176; siehe als Beispiel: OVG Lüneburg, AS 4, S. 139 - Klage auf Feststellung, ob Kläger Mitglied des Kreistages ist.

2 Vgl. z.B. OVG Rheinland-Pfalz, AS 10, S. 55.

3 Siehe oben unter (gg).

4 Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 131. Richtiger Beklagter wäre hier in jedem Fall gem. § 61 Nr. 2 VwGO der Rat, welchem gem. § 42 Abs. 1 GO das Recht zur Benennung der Ausschußmitglieder zukommt.

recht und das Recht auf Ladung erst resultieren, zwingt zum Feststellungsantrag.

Hier wird über ein konkretes Rechtsverhältnis gestritten¹ und dem Kläger steht auch ein "berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung" zu², Losgelöst vom Einzelfall bedeutet dies, daß die Möglichkeit der Innehabung eines subjektiven Rechtes durch die streitenden kommunalen Funktionssubjekte das potentielle Vorhandensein von Rechtsverhältnissen zwischen diesen impliziert³.

Die Feststellungsklage ist weiterhin dann als zulässig zu erachten, wenn der - im Rahmen der Leistungsklage - dem gerichtlichen Verfahren zugrundeliegende Sachverhalt im Laufe dieses Klageverfahrens seine endgültige Erledigung, z.B. durch faktisch nicht rückgängig zu machende Ausführung (vom Ausschuß genehmigte Anschaffungen sind bereits getätigt), gefunden hat. Gleiches gilt für den Fall, daß dieses bereits vor Erhebung der Klage geschehen ist. In beiden Fällen ist die Zulässigkeit der Feststellungsklage gleichermaßen zu bejahen, welche, ebensowenig wie die allgemeine Leistungsklage, an Fristen oder an ein Vorverfahren gebunden ist⁴.

1 Redeker/von Oertzen, VwGO, § 43, Anm. 7; Schunck/De Clerck, VwGO, § 43, Anm. 2 b; Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 131 m.w.N. (Fußnote 36); Kiock, Diss., S. 113.

2 Schunck/De Clerck, VwGO, § 43, Anm. 3; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 43, Anm. 19-21.

3 Vgl. Stahl, NJW 1972, S. 2031; Hoppe, DVBl 1970, S. 850.

4 Vgl. statt aller: Redeker/von Oertzen, VwGO, § 43, Anm. 28 m.w.N.

Da die Leistungsklage, gerichtet auf Verurteilung zur Aufhebung des Beschlusses, wegen des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses¹, unzulässig wäre - eine Aufhebung des vollzogenen Beschlusses hätte rein deklaratorischen Charakter - bleibt allein die Feststellungsklage.

Das potentielle Vorhandensein von Rechtsverhältnissen - gemeint sind immer solche des innerorganisatorischen Bereiches² - macht einen Rückgriff auf die Vorschrift des § 113 Abs. 1, Satz 4 VwGO nicht notwendig³.

Die Frage, ob ein "berechtigtes Feststellungsinteresse" vorliegt, ist von Fall zu Fall zu entscheiden, wird jedoch in der Regel angesichts der Tatsache zu bejahen sein, daß hierfür, neben einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse⁴, auch

1 Vgl. Kopp, VwGO, § 113, Anm. 8, a.

2 Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 131; ders., DVBl 1970, S. 850; Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 482; Tsatsos, Organstreitigkeiten, S. 54, Fußnote 128; Bleutge, KVS, S. 81, 184.

3 Klock, Diss., S. 114 ff. spricht von einer "unechten Feststellungsklage"; dieser verneint das Bestehen von Rechtsverhältnissen im innerorganisatorischen Bereich - a.a.O., S. 113 - und kommt deshalb zur entsprechenden Anwendung des § 113 Abs. 1, Satz 4 VwGO, wodurch, unter der Voraussetzung der Erledigung des streitigen Sachverhaltes, auch eine Feststellungsklage dann zulässig sei, wenn nicht über das (Nicht-)Bestehen eines Rechtsverhältnisses gestritten wird - a.a.O., S. 117, Fußnote 2. Gegen die entsprechende Anwendbarkeit des § 113 Abs. 1, Satz 4 VwGO ergeben sich aber auch grundsätzliche Bedenken, da es sich hierbei ersichtlich um eine Ausnahmeregelung handelt - vgl. OVG Münster, RiA 1976, S. 137 (138); a.A. OVG Hamburg, Urteil vom 26. März 1974, LS zit. in NJW - Fundhefte für öffentliches Recht 1974, Nr. 4761; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 113, Anm. 18.

4 Vgl. BVerwG E 2, S. 229 (231).

ein solches ideeler und politischer Natur ausreicht¹.

Neben der allgemeinen Leistungsklage ist somit auch die Feststellungsklage in den erörterten Fällen als im Kommunalverfassungsstreitverfahren zulässige Klageart anzusehen².

ee) Vollstreckung und Effizienz des Rechtsschutzes

Die Feststellung, daß sowohl die allgemeine Leistungsklage als auch die Feststellungsklage als zulässige Klageart im Kommunalverfassungsstreitverfahren in Betracht zu ziehen sind, läßt noch keine Beantwortung der Frage zu, ob durch diese Klagearten effektiver Rechtsschutz in der Art gewährleistet ist, wie ihn BLEUTGE³ und das OVG Lüneburg⁴ sowie der Bayerische VGH⁵ fordern.

Dieses Problem kann im folgenden auf die Leistungsklage beschränkt werden, da im Rahmen der hier vertretenen Ansicht diese Klageart in all den Fällen einschlägig ist, in welchen die o.g. Autoren und Gerichte die Kassation für notwendig erachten.

Da dem Leistungsurteil nicht die kassatorische, d.h., gestaltende Wirkung zukommt, ist hier die Effizienz

1 Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 153; im Ergebnis auch: OVG Münster, AS 14, S. 257 (259).

2 Ebenso: Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 131; ders., DVBl 1970, S. 849 f.; Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 482; Tsatsos, Organstreit, S. 54; Bleutge, KVS, S. 181, 184; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 43, Anm. 22/23 m.w.N.; Bonk, Diss., S. 80 f.; Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 128 f., welcher allerdings allein die Feststellungsklage für zulässig hält.

3 KVS, S. 152 f., 160 ff., 175 ff.

4 AS 2, S. 225 (232/233); 3, S. 223 (226); 16, S. 349 (350); 19, S. 338 (344 f.).

5 VerwRspr. 20, Nr. 23 (S.90); AS n.F. 24, S. 129; Bay. VwBl 1976, S. 753 (754); JZ 1977, S. 129.

des dem Kläger gewährten Rechtsschutzes abhängig von der Frage, ob und - bejahendenfalls - wie ein solches Urteil für diesen vollstreckbar ist. Da ein Leistungsurteil im Kommunalverfassungsstreitverfahren in jedem Fall auf eine unvertretbare Handlung gerichtet ist, käme möglicherweise die Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen den Beklagten gem. § 172 VwGO in Betracht.

Ohne die Frage zu problematisieren, ob hier eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift überhaupt zulässig ist¹, da sich die Vollstreckung nicht gegen eine Behörde richtet², muß diese Möglichkeit im Kommunalverfassungsstreitverfahren a priori ausgeschlossen werden: Dem einzelnen Funktionssubjekt steht kein eigener Etat zu; die Festsetzung eines Zwangsgeldes würde sich also in jedem Fall gegen die Körperschaft als solche richten.

Einen Sinn kann ein solches Vollstreckungsverfahren also nur im Verhältnis Bürger - Behörde haben, nicht jedoch im innerorganisatorischen Bereich³. Der Umstand, daß das Kommunalverfassungsstreitverfahren ein Verfahren nach den gesetzlichen Regeln der VwGO

1 Bejahend z.B. Ewald, Wissenschaftsrecht Bd. 3 (1970), S. 41.

2 Siehe hierzu auch Bethge, Die Verwaltung Bd. 8 (1975), S. 481/482; Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 119/120 mit Fußnote 7.

3 Ebenso: Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 232; Fuß, Wissenschaftsrecht Bd. 5 (1972), S. 120.

ist, "kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß dieses Streitverfahren innerhalb ein- und derselben juristischen Person geführt wird"¹. Diesen sich hieraus ergebenden Besonderheiten muß in entsprechender Weise Rechnung getragen werden².

In der Frage der Vollstreckung von Leistungsurteilen im Kommunalverfassungsstreitverfahren ist vielmehr der Ansicht von HOPPE³ zu folgen, welcher die entsprechende Anwendung des § 894 ZPO über § 167 VwGO bejaht.

1 Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 232.

2 Entsprechendes gilt für die Kosten des Verfahrens. Eine sinnvolle Lösung ist diesbezüglich nach den gesetzlichen Regeln nicht zu finden. Sowohl bei der unterliegenden Partei ("Kostenschuldner") als auch bei der obsiegenden ("Kostengläubiger" hinsichtlich der eigenen Auslagen) handelt es sich um Zuständigkeitskomplexe, welchen keine eigenen Mittel zur Verfügung stehen. Ein Durchgriff auf den (die) Organwaller kann im Hinblick auf die Trennung der beiden Sphären nicht zulässig sein. - So aber: Heermann, Gemeinderatsbeschuß, S. 310, unter Hinweis auf die "völlig herrschende Gerichtspraxis" (!) - Es muß also sinnlos erscheinen, wenn das Gericht die Kosten gem. § 154 Abs. 1 VwGO der unterliegenden Partei auferlegt. Zwischen den Parteien entfällt eine Kosten-erstattung aus den genannten Gründen; ebensowenig sind die Gerichtskosten zu realisieren, da auch von außen nicht gegen ein Funktionssubjekt zu vollstrecken ist (zur mangelnden Vollstreckbarkeit vgl. Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 232). In der Regel wird die Körperschaft jedoch freiwillig für diese Kosten aufkommen. Um die Frage der Kostentragung auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen und so letztlich auch eine Vollstreckbarkeit zu gewährleisten, wäre eine Ergänzung des 16. Abschnittes der VwGO erforderlich, dahingehend, daß die Kosten einer innerorganisatorischen Streitigkeit insgesamt der Körperschaft aufzuerlegen sind. - So auch: Knöppel, Diss., S. 164.

3 Hoppe, a.a.O., S. 232 f.

Allein diese Lösung weist einen gangbaren Weg, wenn die Maßnahme, zu deren Vornahme die beklagte Partei verurteilt wird, als vorgenommen anzusehen ist, bzw. der Beschluß, den sie zu fassen verpflichtet ist, mit dem Urteilsausspruch fingiert wird.

Die zivilrechtliche Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich der Vorschrift des § 894 ZPO über die reine rechtsgeschäftliche Willenserklärung hinaus ausgedehnt, indem sie z.B. die Rücknahme eines Strafantrages - als Prozeßhandlung - mit einbezogen hat¹. Auch die Stimmabgabe aus Stimmrechtsbindungsverträgen gilt mit der entsprechenden rechtskräftigen Verurteilung als fingiert².

Eine solche Anwendung der Vorschrift erscheint auch in bezug auf Beschlüsse kommunaler Kollegialfunktionssubjekte bzw. Entscheidungen kommunaler Individualfunktionssubjekte vertretbar, da auch ein solcher Beschluß, bzw. eine solche Entscheidung, jeweils einen Akt der kollegialen, bzw. individuellen Willensbestätigung darstellt³.

Die - rechtskräftige - Verurteilung zur Aufhebung eines Beschlusses bzw. einer Entscheidung, ohnehin nur denkbar als einstimmiger actus contrarius, führt also zu Fingierung desselben⁴.

1 OLG München, MDR 1967, S. 223.

2 BGH Z 48, S. 163 mit Zustimmung von Löwenheim, JuS 1969, S. 260 ff.

3 Vgl. Heermann, Gemeinderatsbeschluß, S. 59; Bremer, Diss., S. 178; Schilling, Bay. VwBl 1965, S. 117.

4 Ebenso: Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 233.

Der rechtswidrige, die Rechte des Klägers verletzende Beschluß, bzw. die Entscheidung, ist mit Rechtskraft des Urteils beseitigt.

Damit ist dem von BLEUTGE sowie dem OVG Lüneburg und dem Bayerischen VGH postulierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz entsprochen.

Ob sich ein solcher Anspruch im Kommunalverfassungsstreitverfahren aus Art. 19 Abs. 4 GG herleiten läßt¹, oder ob diese Verfassungsnorm im innerorganisatorischen Rechtsbereich keine Anwendung finden kann², kann letztlich dahingestellt bleiben. Die Notwendigkeit der richterlichen Schöpfung einer Klageart, welche einen kassatorischen Ausspruch zuläßt, ohne daß ein Verwaltungsakt vorliegt, ist also nicht erforderlich und damit unzulässig.

Es bleibt bei dem obigen Ergebnis, daß die allgemeine Leistungsklage sowie die Feststellungsklage die richtigen und adäquaten Klagearten im Kommunalverfassungsstreitverfahren darstellen³.

ff) Zusammenfassung

Als adäquate und richtige Klageart im Kommunalverfassungsstreitverfahren ist in der Regel die allgemeine Leistungsklage gegeben, sowohl, wenn es um

1 So Bleutge, KVS, S. 152; Bay. VGH, AS n.F. 13, S. 85 (88/89).

2 So z.B. Lorenz, AÖR 93 (1968), S. 325 ff. mit zahlreichen w. N.

3 Siehe oben unter D. II. 2., c), ee) und dd).

die Beseitigung einer Kompetenzbeeinträchtigung geht, als auch für den Fall, daß deren Unterlassung begehrt wird. Auch die Durchsetzung eines Anspruchs auf Vornahme bestimmter - innerorganisatorischer - Handlungen ist so möglich.

Daneben ist das Vorliegen einer Feststellungsklage denkbar, soweit es um die Klärung der Frage geht, ob der Kläger überhaupt Funktionssubjekt ist ("Statusfragen") und für den Fall, daß sich der Leistungsanspruch aufgrund der Tatsache erledigt, daß die aus dem Beschluß bzw. der Entscheidung resultierenden Konsequenzen bereits eingetreten sind, d.h., der innerorganisatorisch gebildete Wille nach außen hin realisiert worden ist.

Die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage können nicht zur Anwendung kommen, da im innerorganisatorischen Bereich Verwaltungsakte mangels Außenwirkung nicht denkbar sind.

Auch für die Schöpfung anderweitiger Klagearten ergibt sich kein Bedürfnis. Dem möglichen Anspruch des Rechtsschutz suchenden Funktionssubjekte auf effektiven Rechtsschutz ist durch die Leistungsklage Genüge getan. Mit Rechtskraft des ergangenen Leistungsurteiles wird der erforderliche actus contrarius zur rechtsverletzenden Handlung in entsprechender Anwendung des § 894 ZPO fingiert, d.h., die Aufhebung eines Beschlusses, bzw. die Rücknahme einer Entscheidung, gilt als vorgenommen.

d) Rechtsschutzbedürfnis

Im Unterschied zum oben im Rahmen der Feststellungsklage angesprochenen Feststellungsinteresse (sog. besonderes Rechtsschutzbedürfnis) ist hier das Vorliegen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses zu erörtern, welches stets zu bejahen ist, wenn der Kläger sein angestrebtes Klageziel nicht auf andere Weise schneller, billiger und besser erreichen kann¹.

Dieses kann im Kommunalverfassungsstreitverfahren nicht deshalb entfallen, weil rechtswidrige Beschlüsse oder Maßnahmen durch den Hauptverwaltungsbeamten oder die Aufsichtsbehörde beanstandet, durch letztere sogar gem. § 108 GO-NW aufgehoben werden können².

Dabei kommt es nicht auf den jeweils konkreten Einzelfall an und die Frage, welches Verfahren individuell schneller, billiger und besser zum erstrebten Ziel führt. Das Beanstandungs- und Aufhebungsverfahren scheidet als Alternative zum gerichtlichen Kommunalverfassungsstreitverfahren aus, da, aus den bereits oben³ im Rahmen der Erörterungen zur Geltung des materiellen Demokratiegebotes im innerorganisatori-

1 Vgl. z.B. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 152; Stern, Verwaltungsprossuale Probleme, S. 107 m.w.N.; Stober, JA 1974, S. 115.

2 Allg. M.: Vgl. z.B. Arndt, DÖV 1961, S. 572; Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 236 f.; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 362; Bleutge, KVS, S. 203.

3 Siehe oben unter D. II.2., b), dd), (3), (c), (bb).

schen kommunalverfassungsrechtlichen Raum dargelegten Gründen, es in einem solchen Verfahren an der notwendigen Neutralität der Beanstandungs- bzw. Aufhebungsberechtigten mangelt¹ und die Erzwingbarkeit eines solchen Einschreitens durch das in seiner Kompetenz verletzte Funktionssubjekt fehlt².

Ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis existiert im Kommunalverfassungsstreitverfahren, ebenso wie in sonstigen Verwaltungsprozessen - schematisiert ausgedrückt -, wenn dem Kläger ein individuelles, gegenwärtiges und schutzwürdiges Interesse zusteht³.

e) Prozeßfähigkeit

Unter Prozeßfähigkeit ist die Fähigkeit zu verstehen, einen Prozeß selbst oder durch einen Prozeßbevollmächtigten zu führen⁴. Hierfür kommen im Rahmen des Kommunalverfassungsstreitverfahrens gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die nach bürgerlichem Recht voll Geschäftsfähigen in Betracht. Die Frage, welche - natürliche - Person im Kommunalverfassungsstreitverfahren für die Funktionssubjekte handelt, muß, da diese, wie oben⁵ im Rahmen der Beteiligtenfähigkeit

1 Vgl. Bleutge, KVS, S. 125; Kiock, Diss., S. 138.

2 Vgl. auch Bleutge, KVS, S. 128 f. m.w.N., S. 203; OVG Münster, Kottenberg-Steffens, Nr. 6 zu § 27 GO-NW.

3 Bleutge, KVS, S. 205; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 151 f.; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 67 ff.

4 Baumbach/Lauterbach, ZPO, Anm. 1 zu § 51; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 62, Anm 1.

5 Siehe oben unter D. II. 2., b), dd).

dargelegt, als "Vereinigungen" im Sinne des § 61 Nr. 2 VwGO zu behandeln sind, hier über § 62 Abs. 2 VwGO bestimmt werden¹.

Es bedarf dabei keiner näheren Erläuterung, daß die Individualfunktionssubjekte durch den entsprechenden Walter vertreten werden².

Die Prozeßhandlungen für den Ausschuß obliegen dem Vorsitzenden; soweit die übrigen Funktionssubjekte über eine innere Organisation verfügen, aufgrund derer ein Vorsitzender (z.B. Fraktion), ein Sprecher oder eine ähnliche, zumindest nominell eine herausgehobene Stellung einnehmende Person vorhanden ist, so wird diese in aller Regel mit der Prozeßführung betraut werden. Dabei ist es allerdings den Mitgliedern des kollegialen Funktionssubjektes unbenommen, einen "besonderen Beauftragen" im Sinne des § 62 Abs. 2 VwGO zu benennen³.

3. Vorläufiger Rechtsschutz

Der im Kommunalverfassungsstreitverfahren gewährte Rechtsschutz wäre unvollkommen, wenn es keine Möglichkeit gäbe, in dringlichen Fällen eine vorläufige gerichtliche Entscheidung herbeizuführen⁴.

1 Bleutge, KVS, S. 140 ff.; Stober, JA 1974, S. 117; Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 195.

2 Stober, a.a.O., S. 117; Bleutge, KVS, S. 141.

3 Stober, JA 1974, S. 117; Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 196; Bleutge, KVS, S. 142.

4 OVG Münster, DVBl 1973, S. 646 (647).

Da, wie oben betont¹, das Kommunalverfassungsstreitverfahren einen Verwaltungsrechtsstreit nach den prozessualen Regeln der VwGO darstellt, ergeben sich keine Bedenken gegen die grundsätzliche Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens².

Die Anwendung der Vorschrift des § 80 Abs. 5 VwGO scheidet von vornherein aus, da Verwaltungsakte im untersuchten innerorganisatorischen Bereich nicht vorliegen können³.

Es bleibt somit die einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO⁴. Es stellt sich die Frage, worauf eine solche Anordnung im innerorganisatorischen Bereich abzielen kann.

Soweit - nach der hier vertretenen Ansicht - im Hauptsacheverfahren eine Feststellungsklage hinsichtlich der sogenannten Statusfragen eingreift⁵, wäre dieser Status im Rahmen des Verfahrens gem. § 123 VwGO vorläufig festzustellen⁶. Auch ein Antrag auf

1 Siehe oben unter D. II. 1.

2 Redeker/von Oertzen, VwGO, § 123, Anm. 3; OVG Lüneburg, AS 27, S. 351 (352/353); OVG Münster, DVBl 1973, S. 646 (647). Für den Bereich der hochschulinternen Streitigkeiten vgl.: Heinrich, Streitigkeiten im Hochschulinnenbereich, S. 196; VG Köln, JZ 1968, S. 260.

3 Siehe oben unter D. II. 2., c), aa).

4 Konsequenterweise gelangen die Meinungen, welche eine Aufhebungsklage als Klageart "sui generis" - siehe oben unter D. II. 2., c), bb) - oder aber eine Anfechtungsklage annehmen wollen - siehe oben unter D. II. 2., c), aa) - insoweit zur Anwendbarkeit des § 80 Abs. 5 VwGO. Vgl. hierzu auch: Heermann, Gemeinderatsbeschuß, S. 310.

5 Siehe oben unter D. II. 2., c), dd).

6 Zur Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung bei Feststellungsklage im Hauptsacheverfahren vgl. z.B. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123, Anm. 15; Hess. VGH, VerwRspr., Bd. 17, Nr. 130 (S. 511).

Unterlassung von zukünftigen Kompetenzverletzungen ist grundsätzlich als zulässig zu erachten¹.

Darüberhinaus muß es dem Funktionssubjekt jedoch auch möglich sein, die Ausführung solcher Beschlüsse bzw. solcher Maßnahmen zu verhindern, welche unter Verletzung seiner Kompetenzen zustande gekommen sind². Wäre dieses nicht zulässig, würde die eingangs erwähnte Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes deutlich zutage treten. Da im Hauptsacheverfahren die Aufhebung der rechtsverletzenden Maßnahme bzw. des Beschlusses verlangt werden kann³, muß durch das vorläufige Rechtsschutzverfahren verhindert werden, daß die Verwirklichung des Rechtes (der Kompetenz) vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte⁴. Es ist einer Änderung bezüglich des Streitgegenstandes vorzubeugen, welche das klagende Funktionssubjekt vor vollendete Tatsachen stellen und ihm bestenfalls noch die Feststellungsklage eröffnen würde⁵. Dieses kann nicht dadurch erreicht werden, daß die Anordnung auf Aufhebung des Beschlusses, bzw. der Entscheidung begehrt wird. In Anbetracht der Tatsache, daß ein solcher gerichtlicher Ausspruch - nach der hier vertretenen Ansicht - gem. § 894 ZPO mit Rechtskraft die Vornahme des actus contrarius zur rechtsverletzenden Handlung fingieren

1 Redeker/von Oertzen, VwGO, § 123, Anm. 9 m.w.N.

2 OVG Münster, DVBl 1973, S. 646 (647).

3 Siehe oben unter D. II. 2., c), cc).

4 Redeker/von Oertzen, VwGO, § 123, Anm. 5.

5 Siehe oben unter D. II. 2., c), dd); OVG Münster, DVBl 1973, S. 646 (647/648).

würde, sprechen hingegen zwei Gesichtspunkte: Zum einen könnte der Antragsgegner den Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses bzw. des Urteils hinauszögern und in der Zwischenzeit durch die Ausführung vollendete Tatsachen schaffen; zum anderen wäre die Maßnahme bzw. der Beschluß durch die mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung fingierte Aufhebung endgültig und nicht nur vorläufig beseitigt. Eine solche faktische Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache ist zwar ausnahmsweise zulässig¹, jedoch keinesfalls dann, wenn eine dem Sicherungszweck in gleicher Weise dienende mildere Anordnung möglich ist. Als solche ist die einstweilige Untersagung der Ausführung des entsprechenden Beschlusses gegeben².

Da die Ausführung von Beschlüssen sowohl des Rates als auch der Ausschüsse, gem. § 47 Abs. 1 GO-NW dem Gemeindedirektor obliegt, bzw. die in § 38 Abs. 2 GO-NW genannten Ratsbeschlüsse vom Bürgermeister auszuführen sind³, ist der Antrag, durch welchen gem. § 123 VwGO die einstweilige Untersagung der Beschlußausführung erstrebt wird, gegen das entsprechende Ausführungssubjekt zu richten⁴.

1 Vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123, Anm. 13 a.

2 Die "Ausführung" einer Entscheidung, d.h. der Willensbestätigung eines Individualfunktionssubjekts ist kaum vorstellbar, da diese in aller Regel durch das Tätigwerden manifestiert wird; z.B. Gemeindedirektor vergibt Planungsauftrag, ohne, wie geschäftsordnungsmäßig festgelegt, dem Bauausschuß die Angelegenheit zur Prüfung vorzulegen.

3 Vgl. z.B. Kottenberg/Rehn, GO, § 38, Anm. II, 1.

4 OVG Münster, DVBl 1973, S. 646 (648).

E. Schlußwort

Die vorstehenden Untersuchungen haben gezeigt, daß die den kommunalen Ausschüssen, ihren Teilen und einzelnen Mitgliedern zugeordneten Kompetenzen in adäquater Weise rechtsschutzbewehrt sind.

Dieses entspricht der umfassenden Bedeutung der Ausschüsse im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung. Dabei sollte jedoch nicht übersehen werden, daß die Rechtsschutzgewährung hier, wie im gesamten Rechtsschutzsystem, letztlich nicht Selbstzweck sein kann oder gar der Befriedigung innerorganisatorischer Streitlust dienen soll, sondern vielmehr einzig und allein dem Interesse des von der Verwaltung betroffenen, ja manchmal ihr ausgelieferten Bürgers zu dienen bestimmt ist. D.h., dieser innerorganisatorische Rechtsschutz kann dort nicht existieren, wo der Bürger sich selbst unter Zuhilfenahme der Gerichte zu schützen in der Lage ist.

Erkennt die Rechtsprechung diese Grenze nicht, wofür Anzeichen vorhanden sind, so besteht die Gefahr, daß das gegebene, für das Kommunalverfassungsstreitverfahren ohnehin bereits extensiv zu handhabende Rechtsschutzinstrumentarium, in unzulässiger Weise überdehnt wird.

Ein Blick auf die dogmatische Einbindung der in einem solchen Verfahren geltend gemachten Rechtspositionen mag möglicherweise verhindern, daß die Gerichte als vorgebliche "Hüter der Kommunalverfassung" diesen Weg (weiter)gehen.

L e b e n s l a u f =====

Am 21. Februar 1949 wurde ich als Sohn des Landwirtes Otto Lüders und dessen Ehefrau Ruth, geb. Pietruschinski in Celle/Nieders. geboren.

Ostern 1955 wurde ich an meinem Heimatort Aligse (ehem. Landkreis Burgdorf) in die dortige Volksschule eingeschult.

Von dort wechselte ich Ostern 1959 auf das Städtische Gymnasium Lehrte, in dessen neusprachlichen Zweig ich im Juni 1967 das Abitur ablegte.

Nach Ableistung einer 2-jährigen Wehrdienstzeit nahm ich zum Wintersemester 1969/70 das juristische Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster auf.

Am 18. März 1975 legte ich meine erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm ab.

Meine zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 24. November 1977 vor dem Landesjustizprüfungsamt des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf ab.

Seit Dezember 1977 bin ich als Anwalt bei dem Amts- und Landgericht Münster zugelassen.

Seit dem 17. Mai 1974 bin ich verheiratet.

